

Causa C-403/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

29 giugno 2021

Giudice del rinvio:

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Romania)

Data della decisione di rinvio:

22 giugno 2021

Ricorrente:

SC NV Construct SRL

Amministrazione aggiudicatrice:

Județul Timiș (Distretto di Timiș)

Interveniente:

SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL

Oggetto del procedimento principale

Ricorso con la quale si chiede, in sostanza, all'annullamento della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice relativa alla determinazione dell'esito della procedura di gara organizzata ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico per la realizzazione dello studio di fattibilità e del progetto tecnico relativo alla costruzione di una strada

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Sulla base dell'articolo 267 TFUE, si chiede l'interpretazione degli articoli 58 e 63 della direttiva 2014/24/UE nonché del principio di proporzionalità, del principio di responsabilità e del principio di trasparenza.

Questioni pregiudiziali

1) Se le disposizioni dell'articolo 58 della direttiva [2014/24], il principio di proporzionalità e il principio di responsabilità debbano essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto di stabilire i criteri di capacità tecnica, vale a dire di valutare la necessità di includere o di non includere nei documenti di gara criteri di capacità tecnica e professionale e la capacità di svolgere l'attività tecnica e professionale che risulterebbe dalle disposizioni di leggi speciali, per attività nel quadro dell'appalto con un peso insignificante.

2) Se i principi di trasparenza e di proporzionalità ostino all'integrazione di pieno diritto dei documenti di gara con criteri di qualificazione che risulterebbero da leggi speciali applicabili ad attività connesse all'appalto da aggiudicare, che non sono state previste nei documenti di gara e che l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di non imporre agli operatori economici.

3) Se l'articolo 63 della direttiva e il principio di proporzionalità ostino all'esclusione dalla procedura [di gara] di un offerente che non abbia designato nominalmente un operatore come subappaltatore al fine di dimostrare il soddisfacimento di alcuni criteri relativi alla capacità tecnica e professionale e alla capacità di svolgere l'attività tecnica e professionale che risulterebbero dalle disposizioni di leggi speciali non previste nei documenti di gara, qualora l'offerente in discussione abbia scelto un'altra forma contrattuale di coinvolgimento di specialisti nell'appalto, vale a dire [un] appalto di fornitura/prestazione di servizi, o abbia presentato [una] dichiarazione di disponibilità da parte loro. Se il diritto di determinare la propria organizzazione e le relazioni contrattuali all'interno del gruppo spetti all'operatore economico, e sussiste la possibilità di coinvolgere nell'appalto anche alcuni prestatori/fornitori tenuto conto che tale prestatore non fa parte dei soggetti sulla cui capacità l'offerente intende fare affidamento per dimostrare il rispetto dei criteri pertinenti.

Disposizioni e giurisprudenza dell'Unione invocate

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, considerando (15) e (90), articoli 58 e 63

Regolamento delegato della Commissione (UE) 2019/1828, del 30 ottobre 2019, che modifica la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie degli appalti di forniture, servizi e lavori e dei concorsi di progettazione

Ordinanza del 17 ottobre 2018, Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829, e sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404

Disposizioni nazionali fatte valere

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (legge n. 101/2016 sui rimedi e i ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, degli appalti settoriali e degli appalti di concessione di lavori e di concessione di servizi nonché per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio nazionale per la risoluzione delle controversie) (in prosieguo: il "CNSC"), articoli 12 e 14, con i quali si conferisce al CNSC la competenza a conoscere delle controversie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (legge n. 98/2016 sugli appalti pubblici), articoli 3, 55, 154, 172, 179, 181 e da 218 a 220, relativi alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (decisione del governo n. 395/2016 che approva le norme di attuazione delle disposizioni relative all'aggiudicazione dell'appalto pubblico/contratto quadro della legge n. 98/2016 sugli appalti pubblici), articoli da 29 a 31 e 51

Decisioni di numerosi giudici nazionali dalle quali risulta l'esistenza di una prassi non unitaria con riguardo alla possibilità che i documenti di gara siano integrati dalle disposizioni di normative nazionali relative a diverse attività che rientrano nell'ambito dell'appalto pubblico, ma che hanno un peso minore nel quadro di detto appalto, nonché con riguardo all'obbligatorietà della designazione nominale nell'offerta di subappaltatori per tali attività

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento principale

- 1 Con ricorso iscritto a ruolo dinanzi al CNSC il 16 aprile 2021, la ricorrente SC NV Construct SRL, con sede in Romania, ha chiesto, in sostanza, l'annullamento della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice Județul Timiș relativa alla determinazione dell'esito della procedura di gara organizzata ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico il cui oggetto era la realizzazione dello studio di fattibilità e del progetto tecnico relativo alla costruzione di una strada di collegamento dell'aeroporto internazionale "Traian Vuia" di Timișoara all'Autostrada A1 (Romania).
- 2 La SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL, anch'essa stabilita in Romania, è intervenuta nel procedimento in qualità di offerente aggiudicatario nell'ambito di detta gara d'appalto.

- 3 In effetti, l'offerta della ricorrente è stata classificata al 4° posto, dopo quelle depositate dall'interveniente (classificata al 1° posto) e da altre due società commerciali (classificate al 2° e 3° posto).
- 4 Nella motivazione del ricorso, la ricorrente fa valere che le proposte tecniche presentate dagli altri offerenti non soddisfano alcuni dei requisiti presenti nei documenti di gara, dal momento che essi non possono legittimamente esercitare talune attività relative all'appalto, tra cui l'attività di elaborazione dello studio topografico, l'attività di elaborazione dei documenti necessari per ottenere l'approvazione per la messa a riposo di terreni situati in area extraurbana, l'attività di elaborazione del rapporto di valutazione degli immobili interessati dall'espropriazione, l'attività di elaborazione della documentazione per ottenere le approvazioni del gestore dell'infrastruttura ferroviaria per l'interconnessione con la linea ferroviaria e l'attività di elaborazione dello studio archeologico.
- 5 Per quanto riguarda l'offerta prescelta, la ricorrente è del parere che essa dovesse essere dichiarata non conforme, poiché l'offerente non può svolgere legittimamente tre fra le attività sopra elencate. La ricorrente sostiene, fra l'altro, che, nella suddetta offerta, doveva essere indicato anche un subappaltatore autorizzato a fornire servizi di progettazione per l'adeguamento dell'interconnessione con la linea ferroviaria, dal momento che la normativa in materia prevede che tali servizi siano realizzati soltanto da operatori economici autorizzati dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria.
- 6 L'interveniente chiede il rigetto del ricorso in quanto infondato, e fa valere che i documenti di gara non prevedono i requisiti invocati dalla ricorrente, di modo che questi ultimi non possono costituire motivi di esclusione dalla procedura per mezzo della dichiarazione di non conformità delle offerte.
- 7 L'amministrazione aggiudicatrice afferma che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, nei documenti di gara non è richiesta la presentazione nell'offerta di specialisti autorizzati. D'altro lato, il fatto che l'offerente classificato al 1° posto non abbia dichiarato inizialmente la sua scelta di subappaltare talune attività qualora fosse stato dichiarato aggiudicatario è irrilevante nel caso di specie, dato che la normativa nazionale gli conferisce il diritto di ricorrere a nuovi subappaltatori successivamente alla firma del contratto di appalto pubblico, durante il periodo di esecuzione di quest'ultimo.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 8 In via preliminare, il CNSC fa valere che la sua qualità di giudice nazionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE è già stata riconosciuta dalla Corte nell'ordinanza del 17 ottobre 2018, Beny Alex (C-353/18, EU:C:2018:829).
- 9 Per quanto riguarda la ricevibilità della sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il CNSC ritiene che, nel caso di specie, esista un interesse transfrontaliero certo tanto sotto il profilo del valore dell'appalto di servizi da attribuire, dato che il

valore stimato di quest'ultimo è di 1 970 967 lei rumeni (equivalente a EUR 421 553), quindi al di sopra della soglia fissata nel regolamento delegato della Commissione (UE) 2019/1828 che modifica la direttiva 2014/24, quanto sotto il profilo dell'oggetto della procedura e della fonte di finanziamento, dato che il progetto in discussione, il quale è diretto alla connessione dell'aeroporto internazionale „Traian Vuia” di Timișoara al Corridoio IV paneuropeo di trasporto, è finanziato in parte dal Fondo europeo di sviluppo regionale.

- 10 Nel merito, il CNSC chiede, in sostanza, alla Corte di pronunciarsi sulla possibilità che i documenti di gara siano integrati dalle disposizioni di normative nazionali relative a diverse attività che rientrano nell'ambito dell'appalto pubblico, ma che hanno un peso minore nel quadro di detto appalto, nonché con riguardo all'obbligatorietà della designazione nominale nell'offerta di subappaltatori per tali attività.
- 11 Secondo il CNSC, tale problema è spesso riscontrato nella sua prassi e in quella dei giudici nazionali e ha dato luogo ad un approccio non unitario, il che è idoneo a limitare la partecipazione di numerosi operatori nello spazio europeo ai procedimenti di aggiudicazione in Romania.
- 12 In tale contesto, il CNSC fa riferimento alla sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), nella quale la Corte ha dichiarato che un operatore non può essere escluso dalla procedura per requisiti non previsti nella documentazione e che i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo, affinché gli offerenti possano conoscere esattamente gli obblighi ad essi incombenti ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti.
- 13 Il CNSC sottolinea che l'amministrazione aggiudicatrice è l'unica che stabilisce i criteri di selezione, sulla base del suo diritto di valutazione, poiché il CNSC e gli organi giurisdizionali non possono valutare al suo posto la necessità di determinarli. Peraltro, nei ricorsi, gli operatori danneggiati possono criticare unicamente i documenti di gara ritenuti troppo restrittivi, senza che sia consentito contestare documenti con la motivazione che sarebbero troppo permissivi, vale a dire che dovrebbero contenere criteri supplementari idonei a limitare l'accesso alla procedura di altri operatori.
- 14 Il CNSC ritiene che, in considerazione della prassi nazionale non unitaria, sia necessario determinare in che misura la giurisprudenza derivante dalla sentenza Pizzo possa essere applicata per quanto riguarda l'integrazione dei documenti di gara con le disposizioni di normative nazionali relative a diverse attività che rientrano nell'ambito dell'appalto pubblico, ma che hanno un peso minore nel quadro di detto appalto.

- 15 Un'altra questione che dovrebbe essere chiarita dalla Corte riguarda l'obbligatorietà della designazione nominale di subappaltatori per tutte le attività dell'appalto, indipendentemente dal loro peso nel quadro di quest'ultimo, dal momento che tale problematica ha conseguenze rilevanti sulla concorrenza nelle grandi procedure [di gara] per infrastrutture in Romania, in cui appaiono numerose attività secondarie che richiedono suddette autorizzazioni.
- 16 Pertanto, indipendentemente dal momento e dall'importanza dell'intervento nell'opera di un subappaltatore — vale a dire se i suoi servizi siano necessari all'inizio dell'opera o al termine di quest'ultima, se essi abbiano un peso maggiore o minore nell'ambito dell'appalto, se esista o meno la sicurezza che detti servizi siano necessari —, in molte situazioni si ritiene che tale subappaltatore debba essere designato nominalmente al momento della presentazione delle offerte. Ad esempio, nel caso di specie, la ricorrente afferma, fra l'altro, che fosse necessario designare nominalmente un subappaltatore per l'attività di ottenere l'approvazione per la messa a riposo di terreni espropriati situati in area extraurbana, sebbene nei documenti di gara, con riguardo a tale attività, si faccia uso della locuzione “solo se del caso”.
- 17 Il CNSC ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice sia l'unica in grado di stabilire i criteri di selezione pertinenti, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di trasparenza. Se si ammettesse che i documenti di gara potrebbero essere integrati da criteri la cui necessità risulterebbe da leggi speciali senza rilevanza negli appalti pubblici, si violerebbero le previsioni dell'articolo 58, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 2014/24, dal momento che l'integrazione di pieno diritto con tali criteri non rispetterebbe il principio di proporzionalità e il diritto dell'autorità di stabilire i criteri di selezione.
- 18 A parere del CNSC, imporre il subappalto come unica forma di svolgimento di un'attività viola tanto la libertà contrattuale e il diritto di organizzazione degli operatori economici quanto le disposizioni dell'articolo 63 di suddetta direttiva, secondo le quali, quando un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, esso dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, “ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine”.
- 19 Di conseguenza, il CNSC sostiene che, nella misura in cui per dimostrare alcuni criteri di selezione è sufficiente presentare un impegno, una dichiarazione di disponibilità da parte di specialisti autorizzati è a fortiori sufficiente nella situazione in cui tali criteri non sono previsti e si tratta di una serie di attività con un peso minore nell'ambito dell'appalto.