

Causa C-416/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

7 luglio 2021

Giudice del rinvio:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Germania)

Data della decisione di rinvio:

24 giugno 2021

Convenuto e ricorrente:

Landkreis A.-F.

Richiedenti e resistenti:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Oggetto del procedimento principale

Ricorso avverso l'esclusione da una procedura d'appalto di due offerenti collegati per la violazione del principio di segretezza relativa alla concorrenza e per distorsione della concorrenza

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione 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; articolo 267 TFUE

Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice deve

- disporre di indicazioni sufficientemente plausibili per ravvisare una violazione dell'articolo 101 TFUE da parte degli operatori economici.
2. Se l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato come disciplina esaustiva dei motivi di esclusione facoltativi nel senso che il principio della parità di trattamento (articolo 18, paragrafo 1, della direttiva medesima) – in caso di presentazione di offerte non autonome né indipendenti – non possa ostare all'aggiudicazione dell'appalto.
 3. Se l'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato nel senso che esso osta all'aggiudicazione dell'appalto a imprese che costituiscono un'unità economica, ciascuna delle quali ha presentato un'offerta.

Occorre fornire una risposta alla seconda e alla terza questione solo in caso di risposta affermativa alla prima questione.

Norme pertinenti di diritto dell'Unione

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 (GU 2014, L 94, pag. 65): articolo 18, paragrafo 1, e articolo 57, paragrafo 4

Norme nazionali pertinenti

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni alla concorrenza; in prosieguo: il «GWB»), articoli 1, 97 e 124:

Articolo 1 Divieto di accordi restrittivi della concorrenza

Sono vietati gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

Articolo 97 Principi dell'aggiudicazione dell'appalto

- (1) Gli appalti pubblici e le concessioni vengono aggiudicati a seguito di concorso e tramite procedure trasparenti. Al riguardo si osservano i principi di economicità e proporzionalità.
- (2) I partecipanti ad una procedura d'appalto devono essere trattati su un piano di parità, a meno che la presente legge non imponga o consenta espressamente una disparità di trattamento.

Articolo 124 Motivi di esclusione facoltativi

(1) In conformità al principio di proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere in qualsiasi momento un'impresa dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora:

(...)

2. (...) sia stata richiesta o aperta una procedura d'insolvenza o altra analoga procedura sul patrimonio dell'impresa, (...)
3. l'impresa si sia resa colpevole, nell'ambito della sua attività, di gravi illeciti accertati che rendano dubbia la sua integrità; (...)
4. l'amministrazione aggiudicatrice disponga di elementi sufficientemente plausibili per ritenere che l'impresa abbia concluso con altre imprese accordi o abbia concordato pratiche aventi che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza,

(...)

8. con riguardo ai motivi di esclusione o ai criteri di selezione, l'impresa abbia commesso una grave irregolarità o abbia occultato informazioni (...)

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Il convenuto, un Landkreis (circondario), ha l'intenzione di aggiudicare in una procedura aperta un appalto di servizi di trasporto pubblico con autobus. Il valore stimato dell'appalto è superiore alla soglia di cui all'articolo 4, lettera c), della direttiva 2014/24/UE. In base al bando di gara, il prezzo non è l'unico criterio di aggiudicazione, non sono ammesse varianti o offerte alternative.
- 2 Nei termini impartiti sono pervenute molte offerte, inter alia, da parte dei due richiedenti. Il richiedente sub 1) è un commerciante che opera con il nome della propria ditta iscritta nel registro del commercio; la richiedente sub 2) è una società a responsabilità limitata, il cui amministratore e unico azionista è il richiedente sub 1). Con ordinanza del 1° novembre 2019 è stata aperta la procedura d'insolvenza sul patrimonio del richiedente sub 1). Con lettera del 1° dicembre 2019, il curatore fallimentare autorizzava la gestione dell'attività autonoma del richiedente sub 1). Le offerte dei due richiedenti del 27 febbraio 2020 venivano presentate dal medesimo soggetto, e quale soggetto dichiarante figurava in entrambi i casi il richiedente sub 1), il quale, nella propria offerta, affermava, inter alia, che non era stata richiesta né era stata aperta una procedura d'insolvenza sul patrimonio dell'imprenditore.
- 3 Il 2 aprile 2020 veniva comunicata a ciascuno dei richiedenti l'esclusione delle loro offerte per violazione del principio di segretezza relativa alla concorrenza e per distorsione della concorrenza, in quanto provenienti dallo stesso soggetto.

- 4 Avverso detta decisione, i due richiedenti adivano la sezione competente in materia di aggiudicazione degli appalti, che accoglieva il loro reclamo. Avverso detto accoglimento il convenuto presentava ricorso dinanzi al Collegio remittente.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 5 I richiedenti sostengono che non si ravvisa una violazione del principio di segretezza relativa alla concorrenza, né una distorsione della concorrenza. Essi costituirebbero, a causa del pieno potere direttivo del richiedente sub 1), nonché dell'integrale controllo della richiedente sub 2), un'unica impresa senza concorrenza interna. Non potrebbe ritenersi ristretta o falsata una concorrenza inesistente. La disciplina della concorrenza di cui all'articolo 97, paragrafo 1, del GWB non sarebbe applicabile alle imprese che costituiscono un'unità economica. Le offerte presentate dai richiedenti dovrebbero essere considerate come più offerte (principali) provenienti dal medesimo offerente. Ciò non sarebbe stato escluso, nel caso di cui trattasi, dal bando di gara. In un caso del genere non sussisterebbe un rischio di distorsione della concorrenza, né sorgerebbero problemi qualora la differenza tra le offerte riguardi non solo l'elemento del prezzo, bensì anche il profilo tecnico-sostanziale. Tale prescrizione sarebbe soddisfatta nella fattispecie in esame in quanto le loro offerte contenevano differenti combinazioni di veicoli.
- 6 I richiedenti richiamano, in particolare, la sentenza della Corte del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), nella quale la Corte opera una chiara distinzione tra due categorie di casi. Solo nella seconda ipotesi, in cui le imprese interessate non costituiscano un'unità economica, la Corte (punto 29) ha rilevato che il principio della parità di trattamento previsto all'articolo 2 della direttiva 2004/18 sarebbe violato laddove si ammettesse che gli offerenti collegati possano presentare offerte coordinate o concordate, vale a dire non autonome né indipendenti, che sarebbero quindi idonee a procurare loro vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti. La successiva aggiunta, secondo la quale non occorrerebbe esaminare se la presentazione di siffatte offerte costituisca anche un comportamento contrario all'articolo 101 TFUE, confermerebbe espressamente l'idea che tutto quanto dichiarato nel punto 29 varrebbe solo ove non si ravvisi un'unità economica.
- 7 Nel caso di specie, i richiedenti costituirebbero un'unità economica e non si sarebbero procurati alcun vantaggio ingiustificato. Dal principio della parità di trattamento, secondo il quale situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso, discenderebbe che gli offerenti non dovrebbero essere esclusi laddove sia lecito concordare le offerte.
- 8 Il convenuto sostiene, in particolare, che la normativa in materia di appalti mira ad assicurare un'effettiva concorrenza tra gli offerenti che partecipano alla procedura d'appalto, i quali avrebbero diritto a che le offerte vengano presentate senza conoscere quelle dei concorrenti. La mancata osservanza di tale principio non

consentirebbe di tener conto degli interessi degli altri offerenti, nel caso in cui due degli offerenti costituiscono un'unità economica. Questi ultimi beneficerebbero di un trattamento preferenziale rispetto agli altri offerenti senza alcun valido fondamento giuridico, per cui sarebbe violato il principio della parità di trattamento e ne risulterebbe pregiudicato o falsato il gioco della concorrenza oggetto di tutela. Infatti, tali imprese, che costituiscono un'unità economica pur essendo due soggetti giuridici distinti sotto il profilo formale, potrebbero procurarsi un vantaggio, ad esempio, provando il possesso di diverse condizioni di idoneità per il bando tramite la presentazione di offerte concordate. Ove uno di detti offerenti venga escluso per mancanza di un requisito, resterebbe in gioco l'altro offerente della medesima unità economica con l'offerta tra loro concordata. Gli accordi e le pratiche concordate di cui all'articolo 124, paragrafo 1, punto 4, del GWB non riguarderebbero esclusivamente la tutela della concorrenza tra le imprese partecipanti a tali accordi e pratiche.

- 9 Nemmeno la sentenza *Specializuotas transportas* corrobora la tesi dei richiedenti, anzi, in base ad essa, una violazione dei principi della parità di trattamento e di trasparenza osterebbe ad un'aggiudicazione dell'appalto a favore degli stessi richiedenti. In ogni caso, si tratterebbe della presentazione illecita di una doppia offerta.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 10 L'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza. Ai sensi della prima frase del considerando 101, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili a causa di gravi violazioni dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza.
- 11 Nella trasposizione della norma menzionata, il legislatore tedesco, all'articolo 124, paragrafo 1, punto 4, del GWB, ha ripreso la formulazione del divieto di accordi restrittivi della concorrenza di cui all'articolo 1 del GWB, corrispondente in larga misura a quella dell'articolo 101 TFUE.
- 12 L'articolo 101 TFUE non si applica quando gli accordi o le pratiche da esso vietati vengono posti in essere da imprese che costituiscono una unità economica (sentenze della Corte *Specializuotas transportas*, punto 28 e giurisprudenza *ivi citata* e del 12 luglio 1984, *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, punto 11).
- 13 Ad avviso del Collegio remittente, i richiedenti costituiscono un'unità economica in tal senso. Due operatori economici devono essere considerati un'unità

economica, vale a dire un'impresa ai sensi dell'articolo 101 TFUE, qualora la controllata, pur avendo personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra i due enti giuridici (v. sentenze della Corte del 27 gennaio 2021, Goldman Sachs, C-595/18, EU:C:2021:73, punto 31, e del 24 giugno 2015, Fresh Del Monte Produce/Commissione e Commissione/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, punto 75 e giurisprudenza ivi citata). Il fatto che la «controllante», nel caso di specie, non sia una società, bensì una ditta individuale registrata non modifica detta valutazione.

- 14 In tale contesto il Collegio remittente si pone la questione se l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice debba disporre di indicazioni sufficientemente plausibili per ravvisare una violazione dell'articolo 101 TFUE.
- 15 Il Collegio remittente ritiene che debba fornirsi una risposta affermativa alla prima questione pregiudiziale, in quanto nel considerando 101 viene menzionata la violazione di norme in materia di concorrenza.
- 16 Ad avviso del Collegio remittente, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE non può essere interpretato nel senso che anche gli offerenti collegati tra loro, che costituiscono un'unità economica e presentano offerte concordate, possano essere esclusi a termini di detta disposizione, ai sensi della quale una violazione del principio di segretezza relativa alla concorrenza può piuttosto giustificare un'esclusione solo nel caso in cui si ravvisi una violazione di una norma in materia di antitrust; il che non viene in questione qualora le imprese operative ricadano nel cosiddetto privilegio di gruppo del diritto antitrust.
- 17 Nel caso di specie, a parere del Collegio remittente, nemmeno può configurarsi un'esclusione a causa di gravi illeciti professionali [articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva 2014/24/UE], menzionata dalla dottrina come categoria residuale.
- 18 È pur vero che gli offerenti che costituiscono un'unità economica e presentano rispettivamente un'offerta possono procurarsi vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti. Infatti, rispetto ad un offerente che presenta più offerte principali, gli offerenti che costituiscono un'unità economica e presentano ciascuno un'offerta hanno maggiori possibilità di aggiudicazione con riguardo ai motivi di esclusione e ai criteri di selezione relativi agli offerenti. Ad esempio, nel caso di specie, in considerazione dell'apertura della procedura di insolvenza, il richiedente sub 1) verrebbe escluso ai sensi dell'articolo 124, paragrafo 4, punto 2, oppure punto 8, del GWB, mentre resterebbe valida l'offerta della richiedente sub 2, concordata con il richiedente sub 1) – fatta salva l'esclusione ai sensi di una disposizione diversa. Il Collegio remittente ritiene tuttavia che tale aspetto debba essere valutato nell'esame della seconda questione pregiudiziale.

- 19 La seconda e la terza questione pregiudiziale derivano dai dubbi nutriti dal Collegio remittente in ordine all'ipotesi che l'elenco dei motivi di esclusione facoltativi di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE osti ad un ricorso al principio della parità di trattamento al fine di giustificare che le offerte di due offerenti che costituiscono un'unità economica non possano essere prese in considerazione a causa della violazione del principio di segretezza relativa alla concorrenza.
- 20 La seconda questione pregiudiziale mira a chiarire se la giurisprudenza della Corte (sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, punti 44 e seg.) sia applicabile all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE.
- 21 Secondo la giurisprudenza della Corte relativa alla direttiva 2004/18/CE, l'articolo 2 di detta direttiva dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'attribuzione dell'appalto agli offerenti i cui collegamenti reciproci hanno esplicato un'influenza sul contenuto delle loro offerte presentate nell'ambito di una medesima procedura di gara. Le offerte devono essere presentate in completa autonomia e indipendenza quando provengono da offerenti collegati (sentenza Specializuotas transportas, punti 38 e seg.). Il Collegio remittente interpreta tale giurisprudenza nel senso che essa non ammette la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice – diversamente che ex articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE («può»).
- 22 Un'esclusione – basata sui principi generali dell'articolo 97, paragrafi 1 e 2, del GWB – può essere presa in considerazione, in casi come quello di cui trattasi – solo qualora l'elenco dei motivi di esclusione facoltativi disciplinati dall'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE non abbia un carattere tassativo che osterebbe all'esclusione.
- 23 La Corte ha invero affermato che l'elenco tassativo delle cause di esclusione fondate sulla mancanza di qualità professionale di cui all'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non esclude la facoltà degli Stati membri di mantenere o di adottare norme materiali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto del principio della parità di trattamento, nonché del principio di trasparenza che quest'ultimo implica, i quali s'impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un siffatto appalto (sentenza Michaniki, punti 44 e seg.). Essa ha inoltre rilevato che il principio di parità di trattamento previsto dall'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE sarebbe violato laddove si ammettesse che gli offerenti collegati possano presentare offerte coordinate o concordate, vale a dire non autonome né indipendenti, che sarebbero quindi idonee a procurare loro vantaggi ingiustificati rispetto agli altri offerenti (sentenza Specializuotas transportas, punto 29), sebbene anche l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva medesima contenga un elenco di motivi di esclusione facoltativi. Infine, essa ha fatto riferimento nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale riguardante la direttiva 2014/24/UE a detta giurisprudenza

(sentenza dell'11 luglio 2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, punti 51 e seg.).

- 24 I dubbi del Collegio remittente alla base della questione pregiudiziale discendono, tuttavia, dall'impianto sistematico delle disposizioni. Infatti, né l'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 93/37/CEE, né l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE prevedono motivi di esclusione corrispondenti alle lettere e) e f), dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, non correlati all'inadempimento di un obbligo da parte dell'impresa, bensì ad un conflitto di interessi e ad una distorsione della concorrenza a causa di un precedente coinvolgimento dell'impresa. In dottrina viene quindi sostenuto che il legislatore dell'Unione avrebbe sancito tassativamente, anche tramite la direttiva 2014/24/UE, un'esclusione per motivi di parità di trattamento e di trasparenza. È pur vero che la Corte ha desunto dai principi di parità di trattamento e di trasparenza il fatto che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interesse e ad adottare le misure adeguate al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio (sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punto 43). Nell'articolo 57, paragrafo 4, lettera f), e nell'articolo 41 della direttiva 2014/24/UE, il legislatore dell'Unione ha ripreso la giurisprudenza della Corte – del pari basata sul principio della parità di trattamento – con riguardo ai soggetti coinvolti nella preparazione della procedura d'appalto (sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom, C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, punti 26 e segg.). Tenuto conto dell'importanza del principio della parità di trattamento sottolineata dalla Corte e degli obblighi che ne discendono per l'amministrazione aggiudicatrice, il Collegio remittente è incline tuttavia a ritenere che, indipendentemente dall'ampliamento dell'elenco dei motivi di esclusione facoltativi di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, il principio della parità di trattamento continui ad ostare alla presa in considerazione di offerte di imprese collegate, che non sono né autonome né indipendenti. Anche qualora si potesse tener conto del fatto che, ai sensi del considerando 101 della direttiva 2014/24/UE, le amministrazioni aggiudicatrici nell'applicare tali motivi di esclusione – soltanto – facoltativi, debbano prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, il Collegio remittente è incline a fornire una risposta negativa alla seconda questione pregiudiziale.
- 25 Il fatto che la giurisprudenza nazionale ravvisi una disciplina tassativa nelle disposizioni nazionali riguardanti i motivi di esclusione obbligatori e facoltativi, sulla base dell'impianto sistematico legislativo, ad avviso del Collegio remittente, è in linea con la giurisprudenza della Corte (sentenza Michaniki, punto 43) e non esclude il ricorso al principio della parità di trattamento ai fini della giustificazione della mancata presa in considerazione delle offerte presentate da due offerenti, le cui offerte sono coordinate o concordate.
- 26 La terza questione pregiudiziale riguarda la questione se la sentenza Specializuotas transportas, che si riferisce espressamente ad offerenti collegati, che non costituiscono un'unità economica, in base alla quale le offerte devono

essere consegnate in maniera autonoma e indipendente, sia applicabile alle offerte di offerenti che costituiscono un'unità economica.

- 27 A parere del Collegio remittente, il principio della parità di trattamento osta a maggior ragione all'aggiudicazione dell'appalto a offerenti che costituiscono un'unità economica e non sono in grado di consegnare offerte autonome o indipendenti. Non sarebbe logico che l'appalto possa aggiudicarsi ad imprese collegate, che non costituiscono un'unità economica, solo a condizione che le loro offerte siano effettivamente autonome e indipendenti, e invece in maniera incondizionata ad imprese che costituiscono un'unità economica e pertanto non possono soddisfare detta condizione.
- 28 Il Collegio remittente propone pertanto di fornire una risposta affermativa alla terza questione pregiudiziale.

DOCUMENTO DI LAVORO