

Causa C-303/22

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

9 maggio 2022

Giudice del rinvio:

Krajský soud v Brně (Corte regionale di Brno, Repubblica ceca)

Data della decisione di rinvio:

5 maggio 2022

Ricorrente:

CROSS Zlín a.s.

Resistente:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

ORDINANZA

Il Krajský soud v Brně (Corte regionale di Brno, Repubblica ceca; in prosieguo: la «Corte regionale» [OMISSIS] nella causa promossa dalla:

ricorrente: **CROSS Zlín, a. s.**

[OMISSIS]

contro il

resistente: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Ufficio per la tutela della concorrenza, Repubblica ceca)**

[OMISSIS] in presenza di: **Statutární město Brno**

[OMISSIS] relativa al ricorso avverso la decisione del presidente del resistente del 9. 11. 2020, num. rif. ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

ha così deciso:

I. Si sottopone alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

Se sia compatibile con l'articolo 2, paragrafo 3, e con l'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CEE, interpretati alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il fatto che la legislazione ceca consenta ad un'amministrazione aggiudicatrice di stipulare un contratto di appalto pubblico prima della presentazione di un ricorso dinanzi al giudice competente per la verifica della legittimità di una decisione di secondo grado dell'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Ufficio per la tutela della concorrenza) relativa all'esclusione di un offerente.

II. [OMISSIS]

Motivazioni:

I. Oggetto del procedimento principale

- 1 Nel caso di specie, il 27 settembre 2019 l'amministrazione aggiudicatrice, lo Statutární město Brno (Comune di Brno; in prosieguo: il «Comune di Brno»), ha indetto una procedura di gara aperta per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico denominato «AMPLIAMENTO DELLE FUNZIONI DEI DISPOSITIVI DI SEGNALE LUMINOSA DELLA CENTRALE DI CONTROLLO DEL TRAFFICO», pubblicato nel Bollettino degli appalti pubblici, numero Z2019-034002, e nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, numero 2019/S 190-461538. Oggetto della gara erano l'ampliamento della centrale di controllo del traffico esistente e la fornitura di servizi consistenti nel collegamento di tutti i dispositivi di segnalazione luminosa (SSZ) dell'amministrazione aggiudicatrice alla centrale di controllo del traffico, nell'interconnessione della centrale di controllo del traffico con il sistema DIC 2 Brno, nell'interconnessione della centrale di controllo del traffico con il sistema TVCC della città, nell'assistenza tecnica, nella formazione degli operatori e nella manutenzione preventiva. Il valore stimato dell'appalto pubblico era di CZK 13 805 000, IVA esclusa.
- 2 L'amministrazione aggiudicatrice ha ricevuto entro il termine stabilito due offerte per l'appalto pubblico, ovvero l'offerta della ricorrente CROSS Zlín, a. s., avente il prezzo di offerta più basso e l'offerta della Siemens Mobility, s. r. o., avente il secondo prezzo di offerta più basso. Secondo la documentazione di gara, il vantaggio economico delle offerte avrebbe dovuto essere valutato sulla base del prezzo di offerta più basso. Con comunicazione del 6 aprile 2020, l'amministrazione aggiudicatrice ha escluso la società CROSS Zlín per mancato rispetto delle condizioni di gara. Successivamente, in data 7 aprile 2020, è stato scelto come fornitore la Siemens Mobility. La CROSS Zlín ha presentato obiezioni contro l'avviso di esclusione, che l'amministrazione aggiudicatrice ha respinto con decisione del 4 maggio 2020. Successivamente, la CROSS Zlín ha presentato all'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Ufficio per la tutela della

concorrenza, Repubblica ceca; in prosieguo: l'«Ufficio») una domanda di riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice, chiedendo l'annullamento dell'avviso di esclusione e della selezione della Siemens Mobility. Nel procedimento amministrativo dinanzi all'Ufficio, il 3 luglio 2020 è stato adottato d'ufficio un provvedimento provvisorio, consistente in un'ingiunzione che vieta all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare un contratto di appalto pubblico prima della conclusione definitiva del procedimento amministrativo. Con decisione del 5 agosto 2020, l'Ufficio ha respinto la domanda. La CROSS Zlín ha presentato un ricorso amministrativo contro la decisione di primo grado che il presidente dell'Ufficio ha respinto, con decisione del 9 novembre 2020, confermando la decisione di primo grado; tale decisione è diventata definitiva il 13 novembre 2020[0]. Il 18 novembre 2020 l'amministrazione aggiudicatrice ha stipulato con il fornitore selezionato un contratto di appalto pubblico.

- 3 Il 13 gennaio 2021, la ricorrente CROSS Zlín ha presentato un ricorso dinanzi alla Corte regionale contro la decisione del presidente del resistente. Contestualmente alla proposizione del ricorso, la ricorrente ha chiesto di riconoscere l'effetto sospensivo del ricorso e di adottare un provvedimento provvisorio, consistente in un'ingiunzione che vietasse all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare un contratto di appalto pubblico o vietasse l'adempimento del contratto. Con ordinanza dell'11 febbraio 2021, la Corte regionale ha respinto la domanda di riconoscimento dell'effetto sospensivo e di adozione di un provvedimento provvisorio in quanto, essendo già stato stipulato il contratto, non aveva senso vietare all'amministrazione aggiudicatrice di stipularlo. Quand'anche il ricorso avesse avuto successo e la Corte regionale avesse annullato la decisione del presidente della resistente, l'Ufficio, dopo il rinvio del caso, avrebbe archiviato il procedimento sulla base dell'articolo 257, lettera j), dello zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (legge n. 134/2016 in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: la «legge n. 134/2016») e non avrebbe più trattato il caso stesso. Secondo la Corte regionale, non era nemmeno possibile imporre all'amministrazione aggiudicatrice il divieto di adempiere il contratto in quanto in quel momento (una volta divenuta definitiva la decisione del presidente dell'Ufficio) nulla ostava, dal punto di vista giuridico, alla stipulazione del contratto.
- 4 Con lettera del 28 marzo 2022, la Corte regionale ha informato le parti che stava valutando se proporre una questione pregiudiziale e ha concesso loro un termine per presentare le proprie osservazioni in merito a tale approccio. L'8 aprile 2022, il resistente ha informato la Corte regionale che avrebbe commentato in dettaglio l'approccio di quest'ultima solo nel corso del procedimento relativo alla questione pregiudiziale, ove esso fosse stato avviato. Nella sua memoria del 26 aprile 2022, la ricorrente ha osservato di aver cercato, invano, di impedire la stipulazione del contratto di appalto pubblico dopo che la decisione del resistente era diventata definitiva, proponendo una domanda di provvedimenti provvisori. La stipulazione del contratto di appalto pubblico, dopo che la decisione del resistente è diventata definitiva, è una prassi consolidata delle amministrazioni aggiudicatrici che interferisce con il diritto dell'offerente escluso a un'effettiva tutela giuridica e a un

processo equo. Pertanto, non ha sollevato alcuna obiezione rispetto alla proposizione di una domanda pregiudiziale. Tuttavia, ha sostenuto che la situazione potrebbe essere risolta se il resistente emettesse un provvedimento provvisorio nel procedimento relativo al riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice fino alla scadenza del termine per adire il giudice amministrativo. [OMISSIS]

II. Diritto dell'Unione europea e normativa nazionale applicabili

- 5 Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.
- 6 Dall'articolo 2, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE risulta che qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, e all'articolo 2 quinquies, paragrafi 4 e 5.
- 7 L'articolo 2 bis, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE prevede che gli Stati membri provvedono affinché i soggetti di cui all'articolo 1, paragrafo 3, dispongano di termini tali da garantire ricorsi efficaci avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto prese dalle amministrazioni aggiudicatrici adottando le disposizioni necessarie nel rispetto delle condizioni minime di cui al paragrafo 2 del presente articolo e all'articolo 2 quater.
- 8 Ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CEE la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2014/24/UE o dalla direttiva 2014/23/UE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo a quello in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, prima dello scadere di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto. Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso.

- 9 Ai sensi dell'articolo 47, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito dalla legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.
- 10 Nella legislazione nazionale la tutela contro le procedure non corrette dell'amministrazione aggiudicatrice è contenuta nella parte tredicesima della legge n. 134/2016 in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Le obiezioni contro la procedura dell'amministrazione aggiudicatrice possono essere presentate entro 15 giorni dalla data in cui il denunciante è venuto a conoscenza della violazione della legge da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (articoli 241 e 242 della legge).
- 11 Ai sensi dell'articolo 245, paragrafo 1, della legge n. 134/2016, l'amministrazione aggiudicatrice invia al denunciante una decisione sulle obiezioni entro 15 giorni dalla notifica delle stesse. Nella decisione, l'amministrazione aggiudicatrice dichiara se accoglie o respinge le obiezioni; la decisione deve contenere una motivazione in cui l'amministrazione aggiudicatrice commenta in modo dettagliato e comprensibile tutti i fatti indicati dal denunciante nelle obiezioni. Se l'amministrazione aggiudicatrice accoglie le obiezioni, nella decisione deve anche indicare le misure correttive che adotterà.
- 12 Dall'articolo 245, paragrafo 4, della legge n. 134/2016 si evince inoltre che, se l'amministrazione aggiudicatrice respinge le obiezioni, nella decisione sulle obiezioni deve informare il denunciante della possibilità di presentare all'Ufficio, entro il termine di cui all'articolo 251, paragrafo 2, una domanda per l'avvio di un procedimento di riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'obbligo di notificare entro lo stesso termine una copia autentica della domanda all'amministrazione aggiudicatrice.
- 13 Le disposizioni di cui all'articolo 246, paragrafo 1, della legge n. 134/2016 stabiliscono che l'amministrazione aggiudicatrice non può stipulare un contratto con un fornitore a) prima della scadenza del termine per la presentazione delle obiezioni contro la decisione sull'esclusione di un partecipante alla procedura di appalto, sulla selezione di un fornitore o contro l'atto di notifica volontaria dell'intenzione di stipulare il contratto, b) fino alla notifica al denunciante della decisione sulle obiezioni, (c) prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di avvio di un procedimento di riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice, se le obiezioni presentate sono state respinte dall'amministrazione aggiudicatrice, (d) durante i 60 giorni dalla data di avvio del procedimento di riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice, se la domanda di avvio del procedimento è stata presentata tempestivamente; tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice può stipulare il contratto in tale termine se l'Ufficio ha respinto la domanda o se il procedimento amministrativo relativo alla domanda è stato archiviato e tale decisione è divenuta definitiva. Ai sensi del paragrafo 2 di tale disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice non può

nemmeno stipulare un contratto con un fornitore durante i 60 giorni dalla data di avvio di un procedimento di riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice se l'Ufficio avvia tale procedimento d'ufficio; tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice può stipulare un contratto anche durante tale termine se il procedimento amministrativo è stato archiviato e tale decisione è divenuta definitiva.

- 14 Dall'articolo 254, paragrafo 1, della legge n. 134/2016 risulta che la domanda per l'imposizione di un divieto di esecuzione di un contratto di appalto pubblico può essere presentata dal richiedente che affermi che l'amministrazione aggiudicatrice ha stipulato il contratto a) senza previa pubblicazione [OMISSIS], b) nonostante il divieto di stipula previsto dalla suddetta legge o da un provvedimento cautelare, c) sulla base di una procedura al di fuori della procedura di appalto [OMISSIS], o d) secondo la modalità di cui all'articolo 135, paragrafo 3, o all'articolo 141, paragrafo 4, [OMISSIS].
- 15 L'articolo 264, paragrafo 1, della legge n. 134/2016 stabilisce che l'Ufficio impone all'amministrazione aggiudicatrice il divieto di adempiere il contratto in un procedimento avviato su istanza di parte ai sensi dell'articolo 254, se il contratto di appalto pubblico o l'accordo quadro è stato concluso secondo la procedura di cui all'articolo 254, paragrafo 1. Un contratto per il quale l'Ufficio impone un divieto di adempiere, senza procedere ai sensi del paragrafo 3, è nullo *ex tunc*. Il paragrafo 2 della suddetta disposizione prevede che un contratto per l'esecuzione di un appalto pubblico diventi nullo per violazione della suddetta legge solo nei casi in cui l'Ufficio ne vieti l'adempimento ai sensi del paragrafo 1. Con ciò non è pregiudicata la nullità per altri motivi.
- 16 Ai sensi dell'articolo 257, lettera j), della legge n. 134/2016, l'Ufficio conclude con un'ordinanza il procedimento avviato se l'amministrazione aggiudicatrice ha stipulato un contratto per l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto pubblico in esame durante il procedimento amministrativo.
- 17 Ai sensi dell'articolo 61 dello zákon č. 500/2004, Sb. správního řádu (legge n. 500/2004, codice dell'ordinamento amministrativo; in prosieguo: la «legge 500/2004»), l'autorità amministrativa può, d'ufficio o su richiesta di una parte, disporre con decisione un provvedimento provvisorio prima della fine del procedimento, ove sia necessario regolare provvisoriamente i rapporti tra le parti, [OMISSIS]. Un provvedimento provvisorio può ordinare a una parte o a un'altra persona di fare qualcosa, di astenersi dal fare qualcosa o di sopportare qualcosa, o di sequestrare una cosa che può essere usata come mezzo di prova o una cosa che può essere oggetto di esecuzione forzata (paragrafo 1). La domanda di una parte relativa ad un provvedimento provvisorio deve essere decisa entro 10 giorni. La decisione sarà notificata solo alla parte interessata o, se del caso, all'altra parte che ne ha richiesto l'emissione. L'impugnazione della decisione che dispone una misura cautelare non ha effetto sospensivo; può essere presentata solo dalla parte cui va notificata la decisione (paragrafo 2). L'autorità amministrativa revoca senza indugio, mediante decisione, il provvedimento provvisorio dopo che è venuto

meno il motivo per cui è stato ordinato. In caso contrario, il provvedimento provvisorio cessa di avere effetto alla data in cui la decisione sul caso diventa esecutiva o produce altri effetti giuridici (paragrafo 3).

- 18 Dall'articolo 38 dello zákon č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (la legge n. 150/2002, codice di processo amministrativo; in prosieguo: la «legge 150/2002»), si evince che se è stata presentata una domanda per l'avvio di un procedimento ed è necessario regolare temporaneamente i rapporti tra le parti a causa di un imminente grave danno, il giudice può, su domanda, con ordinanza, a titolo di misura cautelare ingiungere alle parti di fare qualcosa, di astenersi dal fare qualcosa o di sopportare qualcosa. Per le stesse ragioni, il giudice può imporre un obbligo siffatto anche a un terzo, se ciò può essere ragionevolmente richiesto nei suoi confronti (paragrafo 1). Se necessario il giudice chiede alle altre parti di esprimersi su una richiesta di una misura cautelare (paragrafo 2). Il giudice decide sulla domanda di una misura cautelare senza indebito ritardo; se non sussistono rischi derivanti dall'indugio, decide entro 30 giorni dalla domanda. L'ordinanza sulla domanda di una misura cautelare deve sempre essere motivata (paragrafo 3). In caso di mutamento delle circostanze, il giudice, anche d'ufficio, può revocare o modificare la decisione sulla misura cautelare. La misura cautelare decade al più tardi alla data in cui diventa esecutiva la decisione del giudice che pone fine al procedimento (paragrafo 4).
- 19 Ai sensi dell'articolo 72, paragrafo 1, della legge n. 150/2002, il ricorso può essere presentato entro due mesi dalla notifica della decisione al ricorrente mediante consegna di una copia scritta o in qualsiasi altro modo previsto dalla legge, salvi i termini diversi previsti da una legge speciale.
- 20 Dalle disposizioni di cui all'articolo 78, paragrafo 1, della legge n. 150/2002 risulta che, se il ricorso è fondato, il giudice annulla la decisione impugnata per illegittimità o vizi procedurali. Il giudice annulla la decisione impugnata per illegittimità anche ove accerti che l'autorità amministrativa ha ecceduto i limiti di discrezionalità amministrativa stabiliti dalla legge o ne abbia abusato. Il paragrafo 4 prevede che, se annulla la decisione, il giudice deve nel contempo dichiarare che il caso deve essere rinviato al resistente per la prosecuzione del procedimento.

III. Analisi della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 21 Nel caso di specie, la Corte regionale dubita che la legislazione ceca sia conforme ai requisiti della direttiva 89/665/CEE e all'obbligo di garantire l'efficacia del controllo giurisdizionale di cui all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto consente all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare un contratto di appalto pubblico prima che sia avviato un riesame giurisdizionale della decisione dell'Ufficio sul ricorso amministrativo, o prima che il giudice possa decidere di emettere una misura cautelare che vieti all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare il contratto fino a che la sentenza sul ricorso giurisdizionale sia divenuta definitiva.

- 22 Se, come nel caso in esame, un offerente viene escluso dalla gara di appalto, durante il procedimento sulla domanda dell'offerente escluso dinanzi all'Ufficio decorre un periodo di blocco di 60 giorni, nel corso del quale il contratto di appalto pubblico non può essere stipulato (articolo 246, paragrafo 1, lettera d), della legge n. 134/2016). Tale termine può essere ulteriormente prorogato dall'Ufficio con una misura provvisoria, ai sensi dell'articolo 61 della legge n. 500/2004, consistente nell'imporre all'amministrazione aggiudicatrice un divieto di stipulare un contratto di appalto pubblico fino alla decisione definitiva dell'Ufficio sulla domanda. Tuttavia, il provvedimento provvisorio emesso decadrà al più tardi al momento in cui diviene definitiva la decisione sull'impugnazione. Dopo che la decisione del presidente dell'Ufficio sull'impugnazione è divenuta definitiva, nulla osta a che l'amministrazione aggiudicatrice stipuli il contratto di appalto pubblico. Pertanto, accade spesso che l'amministrazione aggiudicatrice stipuli il contratto di appalto pubblico prima che sia presentato al giudice un ricorso contro la decisione del presidente dell'Ufficio sull'impugnazione. Il ricorso al giudice amministrativo può essere presentato entro due mesi dalla notifica al ricorrente della decisione amministrativa di secondo grado (articolo 72, paragrafo 1, della legge n. 150/2002) e può essere corredato da una domanda di emissione di una misura cautelare consistente in un'ingiunzione che vieti all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare un contratto di appalto pubblico durante il procedimento giudiziario. Non è possibile richiedere l'emissione di una misura cautelare prima della presentazione del ricorso (articolo 38 della legge n. 150/2002).
- 23 Secondo una giurisprudenza consolidata, se la stipula del contratto di appalto pubblico avviene prima della presentazione del ricorso corredato della domanda di emissione di una misura cautelare, il giudice non emetterà più la misura cautelare, poiché in una situazione siffatta non sussiste più la necessità di regolare provvisoriamente i rapporti tra le parti (v., ad esempio, ordinanza della Corte regionale di Brno del 26 novembre 2020, n. 30 Af 66/2020-88). Nel caso in cui constati che l'Ufficio non ha valutato correttamente la legittimità dell'esclusione dell'offerente, il giudice annulla la decisione dell'Ufficio per illegittimità e rinvia il caso all'Ufficio per la prosecuzione procedimento (articolo 78, paragrafi 1 e 4, della legge n. 150/2002). Tuttavia, se un contratto di appalto pubblico è già stato stipulato, l'Ufficio, dopo che il giudice ha rinviato il caso per la prosecuzione del procedimento, non riesamina nel merito la domanda di riesame degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice conformemente alle conclusioni del giudice, ma archivia il procedimento sulla domanda richiamandosi all'articolo 257, lettera j), della legge n. 134/2016. Pertanto può verificarsi una situazione in cui il giudice accoglie l'argomentazione dell'offerente escluso, secondo cui la procedura dell'amministrazione aggiudicatrice consistente nella sua esclusione era illegittima, e annulla per illegittimità la decisione di secondo grado dell'Ufficio, ma l'offerente escluso non avrà più la possibilità di aggiudicarsi l'appalto pubblico, poiché il contratto di appalto pubblico è stato stipulato nel periodo intercorrente tra il momento in cui la decisione dell'Ufficio sull'impugnazione è divenuta definitiva e l'eventuale decisione del giudice sull'emissione di una misura cautelare nel procedimento giudiziario. Secondo la normativa ceca, detto

offerente ha quindi solo il diritto di chiedere il risarcimento dei danni causati dalla condotta illegittima dell'amministrazione aggiudicatrice in un procedimento dinanzi ai giudici civili ai sensi dello zákon č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (legge n. 99/1963, codice di procedura civile; in prosieguo: il «codice di procedura civile»). Tuttavia, l'offerente illegittimamente escluso risulterà vittorioso nel procedimento di risarcimento danni solo se dimostrerà: 1) la condotta illegittima dell'amministrazione aggiudicatrice, 2) il verificarsi del danno, 3) il nesso causale tra la condotta illegittima del danneggiante e il verificarsi del danno e, se del caso, 4) la colpevolezza del danneggiante ai sensi dell'articolo 2911 dello zákon č. 89/2012 (legge n. 89/2012, codice civile; in prosieguo: il «codice civile») (anche se si può affermare, con riferimento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 30 ottobre 2010, Stadt Graz, C-314/09, che in caso di danni per violazione della normativa sugli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice sarà senz'altro responsabile per tali danni). In pratica, è spesso arduo per l'offerente illegittimamente escluso provare la sussistenza del danno effettivo e il nesso causale tra la condotta illegittima dell'amministrazione aggiudicatrice e il danno. Non è sufficiente provare la mera possibilità che sorga un danno derivante dalla condotta illecita dell'amministrazione aggiudicatrice, ma occorre stabilire con certezza la realtà del danno e il nesso di causalità.

- 24 La legislazione ceca considera l'Ufficio come «organo di ricorso» ai sensi della direttiva 89/66/CEE. Ciò è attestato anche dalla norma contenuta nell'articolo 246 della legge n. 134/2016 contenente limiti temporali che impediscono all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare un contratto durante il procedimento dinanzi all'Ufficio. Tuttavia, l'Ufficio non può essere considerato un giudice indipendente e imparziale precostituito dalla legge ai sensi dell'articolo 47 della Carta.
- 25 La Corte di giustizia dell'Unione europea (in prosieguo: la «Corte»), nella sentenza del 21 dicembre 2021, Randstad, C-497/20, punto 73, ha dichiarato che l'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CEE deve essere interpretato alla luce dell'articolo 47, paragrafo 2, della Carta. In tali circostanze, secondo la Corte, l'espressione «organo di ricorso indipendente», ai sensi di detto articolo 2 bis, paragrafo 2, deve essere intesa, al fine di stabilire se l'esclusione di un offerente sia divenuta definitiva, come riferita a un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, ai sensi dell'articolo 47 della Carta.
- 26 La necessità di interpretare la nozione di «organo di ricorso indipendente» alla luce dell'articolo 47 della Carta si evince anche dalla sentenza della Corte del 15 settembre 2016, SC Star Storage SA, C-439/14 e C-488/14, che si è occupata dell'interpretazione sia della direttiva 89/665/CEE sia della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. Al punto 41 di tale sentenza si chiarisce che lo scopo delle

direttive è «*di assicurare l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci, al fine di garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, segnatamente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette*». Secondo la Corte, gli Stati membri sono tenuti «*[a garantire] ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici (...) il rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta*» (cfr. punto 46).

- 27 Se si dovesse ritenere che l'organo di ricorso indipendente ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2 o 3, della direttiva 89/665/CEE debba essere un giudice indipendente, la legislazione ceca, nella misura in cui consente la stipulazione di un contratto di appalto pubblico subito dopo che la decisione del presidente dell'Ufficio sull'impugnazione è divenuta definitiva – quindi prima del procedimento dinanzi al giudice precostituito ai sensi dell'articolo 47 della Carta – sarebbe contraria all'articolo 2 bis, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CEE e non garantirebbe agli offerenti esclusi dall'appalto un effettivo ricorso giurisdizionale. Il requisito di un controllo giurisdizionale effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta si evince sia dai punti 57 e 58 della sentenza *Randstad* sia, ad esempio, dalla sentenza della Corte del 17 luglio 2014, *Sánchez Morcillo e Abril García*, C-169/14, punti 35-36.
- 28 La valutazione della conformità della legislazione nazionale ai requisiti della direttiva 89/665/CEE è decisiva per il procedimento giurisdizionale in sede di controllo della legittimità della decisione impugnata mediante ricorso. Se la Corte dovesse constatare che il legislatore ceco non ha attuato adeguatamente la direttiva, il giudice ritiene che, qualora dovesse constatare l'illegittimità della decisione impugnata, sarebbe obbligato a vincolare l'Ufficio, nella sua sentenza, con un parere giuridico vincolante che conduca quest'ultimo a disapplicare le disposizioni del diritto nazionale che determinano tale violazione (v. sentenza della Corte del 18 giugno 2005, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" e a.*, punti 250 e 251). Nel caso di specie, l'unica conseguenza significativa, rispettosa del principio di effettività del controllo giurisdizionale, parrebbe essere quella per cui l'Ufficio, dopo che la sua decisione è stata annullata per illegittimità nel procedimento giudiziario e rinviata per la prosecuzione del procedimento, non applichi la norma, contenuta nell'articolo 257, lettera j), della legge n. 134/2016, che permette di archiviare il procedimento per il fatto che è già stato stipulato un contratto di appalto pubblico, ma consideri invece nullo il contratto concluso prima della presentazione del ricorso giurisdizionale e detti un divieto di adempimento di tale contratto, applicando per analogia l'articolo 254, paragrafo 1, lettera b), in combinato disposto con l'articolo 264, paragrafi 1 e 2 della legge n. 134/2016. Successivamente l'Ufficio valuterebbe nuovamente la legittimità dell'esclusione dell'offerente conformemente al parere giuridico vincolante del giudice. In questo modo, verrebbe tutelata la possibilità per la ricorrente di risultare vincitrice nella procedura di appalto pubblico.

IV. Conclusione

29 [OMISSIS]

30 [OMISSIS]

31 [OMISSIS]

[OMISSIS]

DOCUMENTO DI LAVORO