

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PAOLO MENGOLZI

presentate il 25 novembre 2015 (1)

Causa C-396/14

MT Højgaard A/S
Züblin A/S
contro
Banedanmark

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici, Danimarca)]

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 267 TFUE – Competenza della Corte – Qualità di «organo giurisdizionale» dell'organo remittente – Indipendenza – Direttiva 2004/17/CE – Appalti pubblici – Procedura negoziata – Principio della parità di trattamento – Modifica di un raggruppamento di operatori economici durante la procedura di aggiudicazione di appalto – Aggiudicazione dell'appalto a una società che non è stata preselezionata»

1. Qualora un raggruppamento di operatori economici sia stato preselezionato e abbia presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico e, in seguito, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, tale raggruppamento si dissolva a causa del fallimento di uno dei suoi due membri, l'amministrazione aggiudicatrice possa, alla luce del principio della parità di trattamento, autorizzare il membro restante, che non abbia presentato la candidatura in quanto tale e non sia stato quindi preselezionato, a proseguire la procedura e, infine, aggiudicargli l'appalto?
2. Questa è, in sostanza, la questione inedita deferita alla Corte dal Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) nell'ambito di una controversia tra la MT Højgaard A/S e la Züblin A/S (in prosieguo, congiuntamente: il «MTHZ»), un raggruppamento di operatori economici che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di appalto, e la Banedanmark, gestore delle infrastrutture ferroviarie in Danimarca e amministrazione aggiudicatrice nella suddetta procedura. Dinanzi al giudice del rinvio, il MTHZ sostiene che, autorizzando la Per Aarsleff A/S (in prosieguo: l'«Aarsleff»), il membro restante di un raggruppamento sciolto durante la procedura, a partecipare alla gara d'appalto in luogo del raggruppamento, benché l'Aarsleff non fosse stata preselezionata, la Banedanmark avrebbe violato il principio della parità di trattamento sancito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE (2).
3. In tale causa, il governo danese chiede innanzitutto alla Corte di precisare le ragioni per cui il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) costituisce un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Poi, per quanto concerne la risposta nel merito alla questione sollevata dal giudice del rinvio, la Corte sarà chiamata a trovare un giusto equilibrio tra, da una parte, l'interesse pubblico delle amministrazioni aggiudicatrici a che le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici siano caratterizzate dalla più ampia apertura alla concorrenza, di modo che sia assicurata la più ampia partecipazione di offerenti a una gara d'appalto e, dall'altro, l'interesse – o piuttosto il diritto – di tutti gli offerenti che partecipano alla gara d'appalto a che la loro partecipazione alla procedura abbia luogo nel rigoroso rispetto delle pari opportunità per tutti gli offerenti.

I – Contesto normativo

A – Il diritto dell'Unione

4. L'appalto in questione nel procedimento principale verte sulla costruzione di tratte ferroviarie ed è quindi disciplinato dalle disposizioni della direttiva 2004/17, comunemente chiamata «direttiva settoriale».

5. Il considerando 9 della direttiva 2004/17 dispone che «[a]l fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori (...) dei trasporti (...), è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall'articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione (...). In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest'ultimo, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità».

6. L'articolo 10 di tale direttiva, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», prevede che «[g]li enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

7. L'articolo 11, paragrafo 2, della medesima direttiva dispone che «[i] raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione, gli enti aggiudicatori non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, qualora la trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto».

8. L'articolo 51 della suddetta direttiva, che fa parte del capo VII della stessa, rubricato «Svolgimento della procedura», è intitolato «Disposizioni generali» e così dispone:

«1. Ai fini della selezione dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione degli appalti, gli enti aggiudicatori:

- a) se hanno stabilito norme e criteri di esclusione degli offerenti o candidati ai sensi dell'articolo 54, paragrafi 1, 2 o 4, escludono gli operatori economici in base a detti criteri;
- b) selezionano gli offerenti e i candidati secondo le norme e i criteri oggettivi stabiliti in base all'articolo 54;
- c) nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con indizione di gara riducono, se del caso, il numero dei candidati selezionati in conformità delle lettere a) e b) e applicando le disposizioni dell'articolo 54.

(...)

3. Gli enti aggiudicatori verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati alle norme e ai requisiti applicabili alle stesse e aggiudicano l'appalto secondo i criteri di cui agli articoli 55 e 57».

9. L'articolo 54 della direttiva 2004/17 contiene la disciplina dei criteri di selezione qualitativa che sono fissati dagli enti aggiudicatori e l'ultimo periodo del suo paragrafo 3 dispone che nel caso delle procedure ristrette o negoziate il «numero dei candidati prescelti (...) tiene conto dell'esigenza di garantire un'adeguata concorrenza».

10. La direttiva 2004/17 sarà abrogata, con effetto a decorrere dal 18 aprile 2016, dalla direttiva 2014/25/UE (3).

B – Il diritto danese

11. Il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) è stata istituita dalla legge n. 344 sulla commissione di ricorso in materia di appalti pubblici (lov nr 344 om Klagenævnet for Udbud) del 6 giugno 1991. La sua organizzazione e la sua attività sono disciplinate dalla legge n. 492 sull'attuazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti (lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer) del 12 maggio 2010, come modificata (in prosieguo: la «legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici»), nonché dal decreto n. 887 sulla commissione di ricorso in materia di appalti pubblici (bekendtgørelse n. 887 om Klagenævnet for Udbud) dell'11 agosto 2011, come modificata.

12. L'articolo 2, primo comma, della legge concernente determinate attività commerciali (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), pubblicata con decreto di consolidazione n. 1295 del 15 novembre 2013, definisce la nozione di «interessentskab» (società in nome collettivo; in prosieguo: l'«I/S») come «un'impresa in cui tutti gli associati sono responsabili personalmente, in modo illimitato e solidale dei propri obblighi». Un'I/S è una persona giuridica autonoma e un soggetto di diritto dotato di capacità giuridica.

II – I fatti oggetto del procedimento principale, il procedimento nazionale e la questione pregiudiziale

13. Nel gennaio 2013 la Banedanmark ha pubblicato, ai sensi della direttiva 2004/17, un bando per l'aggiudicazione di un appalto pubblico secondo la procedura negoziata relativa alla realizzazione di un progetto denominato «TP 4 Urban Tunnels» nell'ambito della realizzazione di una nuova tratta ferroviaria tra le città di Copenhagen (Danimarca) e Ringsted (Danimarca).

14. Dal capitolato d'onori di tale appalto si evince che la procedura avviata prevedeva la presentazione di tre offerte e che avrebbe avuto luogo una negoziazione dopo la presentazione delle prime due offerte, posto che la terza e ultima offerta doveva condurre all'aggiudicazione dell'appalto. Il bando di gara indicava altresì che la Banedanmark intendeva invitare da quattro a sei candidati a presentare un'offerta e che, nel caso in cui il numero di candidati fosse stato superiore a sei, essa avrebbe eseguito una preselezione sulla base dei riferimenti a lavori analoghi. Non era previsto alcun requisito minimo per essere preselezionati.

15. Cinque operatori economici hanno presentato l'offerta e la Banedanmark li ha preselezionati tutti e cinque. Tuttavia, nel giugno 2013, una delle imprese si è ritirata, cosicché sono rimasti solo quattro offerenti preselezionati.

16. Tra questi ultimi vi era un raggruppamento composto dall'E. Pihl & Søn A/S (in prosieguo: la «Pihl») e dall'Aarsleff che si era presentato alla preselezione in quanto consorzio con la forma di un'I/S denominata «JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S». La Pihl e l'Aarsleff contavano

tra le più grandi imprese del settore edile e della costruzione in Danimarca. Il contratto per la costituzione dell'I/S è stato concluso tra la Pihl e l'Aarsleff il 26 agosto 2013.

17. Tuttavia, il medesimo giorno è stata pronunciata una dichiarazione di fallimento nei confronti della Pihl. La Banedanmark ne è stata informata nel pomeriggio del medesimo giorno e ha immediatamente chiesto all'Aarsleff quale impatto potesse avere il fallimento per la procedura d'appalto in corso.

18. Nonostante la dichiarazione di fallimento avvenuta il giorno prima, l'I/S ha presentato una prima offerta il 27 agosto 2013, sottoscritta dall'Aarsleff e dalla Pihl, ma non dal curatore fallimentare di quest'ultima.

19. Dopo un lungo scambio di corrispondenza con l'Aarsleff riguardo alla questione della gestione delle conseguenze del fallimento della Pihl, il 15 ottobre 2013 la Banedanmark ha comunicato a tutti gli offerenti la propria decisione di autorizzare l'Aarsleff a continuare a partecipare da sola alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, malgrado il fallimento della Pihl.

20. Nella sua comunicazione la Banedanmark ha giustificato tale decisione adducendo che l'Aarsleff soddisfaceva i requisiti per partecipare alla gara d'appalto senza l'apporto delle capacità tecniche e finanziarie della Pihl e che la circostanza che quest'ultima fosse stata associata al raggruppamento non era stata determinante al fine di ammettere quest'ultimo a partecipare alla gara. In tale comunicazione, la Banedanmark ha altresì posto l'accento sul fatto che la Pihl non sarebbe stata sostituita da un nuovo offerente nel raggruppamento e che gli offerenti selezionati sarebbero rimasti quindi gli stessi, giacché nessun nuovo operatore era autorizzato a partecipare alla procedura di gara. La Banedanmark ha altresì rilevato che l'Aarsleff aveva riassunto oltre 50 dipendenti della Pihl dopo l'avvio della procedura collettiva, comprese alcune figure chiave per la realizzazione del progetto sul quale verteva la gara d'appalto.

21. In seguito, l'Aarsleff ha presentato una seconda offerta in nome proprio, comunicando che essa la presentava quale successore del raggruppamento costituito con la Pihl, che il curatore fallimentare non aveva comunicato se intendeva proseguire il contratto costitutivo del raggruppamento e che, pertanto, essa era receduta da tale contratto. Dopo aver valutato le seconde offerte ricevute, la Banedanmark ha scelto, ai sensi delle condizioni di cui al bando di gara, di ammettere le tre offerte considerate economicamente più vantaggiose e ha domandato ai tre offerenti ammessi di presentare una terza e ultima offerta. Tra questi ultimi vi erano l'Aarsleff e il MTHZ. L'ultima offerta è stata presentata il 12 dicembre 2013.

22. Il 20 dicembre 2013 la Banedanmark ha comunicato ai tre offerenti ammessi che aveva deciso di aggiudicare l'appalto all'Aarsleff, la cui offerta era complessivamente, dal punto di vista della qualità e del prezzo, quella più vantaggiosa.

23. A seguito di tale decisione, il MTHZ ha adito il giudice del rinvio, chiedendogli, da un lato, di accertare che, consentendo all'Aarsleff di partecipare alla gara d'appalto in luogo del raggruppamento che essa aveva costituito con la Pihl, benché l'Aarsleff non fosse stata preselezionata, la Banedanmark aveva violato i principi della parità di trattamento e di trasparenza ai sensi dell'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE. Dall'altro, il MTHZ chiede di annullare la decisione di aggiudicazione dell'appalto all'Aarsleff.

24. Dalla decisione di rinvio adottata il 28 gennaio 2014 emerge che, il giudice del rinvio ha rifiutato di concedere l'effetto sospensivo al ricorso proposto dal MTHZ, giacché non era soddisfatta la condizione dell'urgenza. In tale decisione, il giudice del rinvio ha tuttavia ritenuto che

la condizione del *fumus boni juris* fosse soddisfatta, posto che l'esame del ricorso consentiva, a suo avviso, prima facie, di concludere che era probabile che nella decisione finale sarebbe stata accolta la domanda di annullamento proposta dal MTHZ. A tale riguardo, il giudice del rinvio ha innanzitutto rilevato che occorreva distinguere la situazione in cui la modifica di un raggruppamento abbia luogo prima dell'aggiudicazione dell'appalto da quella in cui detta modifica abbia luogo dopo tale aggiudicazione. Esso ha poi considerato che la circostanza che un ente aggiudicatore abbia preselezionato un raggruppamento non significa che ogni membro di quest'ultimo sia stato individualmente preselezionato e ciò a prescindere dal fatto che, in base alla domanda di partecipazione, l'ente aggiudicatore sia in grado di comprendere che ciascun membro del raggruppamento rispondeva ai requisiti pertinenti.

25. Nella sua decisione di rinvio, il *Klagenævnet for Udbud* (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) rileva innanzitutto che non esiste alcuna disposizione nel diritto danese che vieti la modifica della composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, che abbia avuto luogo dopo la presentazione delle offerte. Detto organo osserva poi che, nel bando di gara, la *Banedanmark* non ha posto requisiti minimi qualitativi con riguardo alle capacità tecniche degli offerenti e doveva effettuare una valutazione qualitativa delle candidature solo se il loro numero fosse superiore a sei. In tali circostanze, sulla base delle informazioni comunicate con riguardo all'*Aarsleff*, si dovrebbe ritenere dimostrato il fatto che quest'ultima sarebbe stata preselezionata anche se essa avesse presentato direttamente la candidatura invece di farlo attraverso il raggruppamento costituito con la *Pihl*.

26. Il *Klagenævnet for Udbud* (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) nutre tuttavia dubbi sulla compatibilità della procedura seguita con il principio della parità di trattamento. In tali circostanze, essa ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17 (...), in combinato disposto con il suo articolo 51, debba essere interpretato nel senso che osta, in una situazione come quella in esame nel procedimento principale, a che un'amministrazione aggiudicatrice attribuisca l'appalto a un offerente che non ha presentato la domanda di partecipazione alla preselezione e quindi non è stato preselezionato».

III – Il procedimento dinanzi alla Corte

27. La decisione di rinvio è pervenuta alla Corte il 20 agosto 2014. Il MTHZ, il governo danese e la Commissione europea hanno presentato osservazioni e sono intervenuti all'udienza tenutasi l'8 settembre 2015.

IV – Analisi giuridica

28. Prima di rispondere alla questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio, occorre affrontare, in via preliminare, la questione, sollevata dal governo danese, relativa alla competenza della Corte.

A – Sulla competenza della Corte

29. Secondo il governo danese, sebbene nella sentenza *Unitron Scandinavia e 3-S* (4) la Corte abbia già riconosciuto che l'organo remittente nella presente causa, ossia il *Klagenævnet for Udbud* (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici), costituisce un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, alla luce degli elementi presi in considerazione dalla Corte nella

recente sentenza TDC (5), in cui si poneva il problema di stabilire se un'altra commissione di ricorso di diritto danese, ossia il Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni), possedesse la qualità di organo giurisdizionale, sarebbe necessario chiarire se e per quali ragioni il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) possa essere qualificata in tal modo.

30. A tale riguardo va ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, per valutare se un organo remittente costituisca una «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (6).

31. Per quanto concerne i criteri relativi al fondamento legale dell'organo remittente, al suo carattere permanente, alla natura contraddittoria del procedimento nonché al fatto che l'organo applichi norme giuridiche, nel fascicolo non è presente alcun elemento che possa rimettere in discussione il carattere di organo giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) come riconosciuto dalla Corte nella predetta sentenza Unitron Scandinavia e 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Sulla base delle informazioni fornite alla Corte nell'ambito di tale procedimento, è opportuno, invece, effettuare un'analisi più approfondita dei criteri relativi al carattere obbligatorio della sua giurisdizione e alla sua indipendenza, tenendo presente che quest'ultimo criterio è il criterio sulla base del quale la Corte ha negato la qualità di organo giurisdizionale al Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni) nella predetta sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265).

32. Per quanto concerne, in primo luogo, il carattere obbligatorio della giurisdizione del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici), mi limito a rilevare che la circostanza che la competenza di tale organo sia esclusiva solo durante un periodo cosiddetto di «standstill» (7) e diventi, alla fine di detto periodo, alternativa a quella dei tribunali, non risulta idonea a rimettere in discussione il carattere di organo giurisdizionale di detto organo.

33. Infatti, dalla giurisprudenza emerge che l'esistenza di uno strumento di ricorso alternativo a un rimedio giurisdizionale non esclude necessariamente che l'organo dinanzi al quale tale ricorso alternativo viene proposto possa essere qualificato come «giurisdizione di uno degli Stati membri» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, purché la decisione dell'organo remittente abbia effetto vincolante – fatto di cui non si dubita nel caso di specie (8) – e l'organo in questione sia un organo previsto dalla legge, la cui competenza non dipende dalla volontà delle parti (9). Inoltre, poiché il ricorso nel procedimento principale è stato proposto durante il periodo di «standstill», la giurisdizione del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) in quel momento era obbligatoria.

34. Per quanto concerne, in secondo luogo, il criterio relativo all'indipendenza, va ricordato che la nozione di indipendenza, intrinseca alla funzione giurisdizionale, implica innanzitutto che l'organo interessato si trovi in posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso. Dalla giurisprudenza emerge che tale nozione contiene un aspetto avente carattere esterno, che presuppone che l'organo sia tutelato da interventi o da pressioni dall'esterno idonei a mettere a repentaglio l'indipendenza di giudizio dei suoi membri per quanto riguarda le controversie loro sottoposte, e un aspetto avente carattere interno, che si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima. Tali garanzie di indipendenza e di imparzialità implicano l'esistenza di disposizioni, relative, in particolare, alla composizione dell'organo e alla nomina,

durata delle funzioni, cause di astensione, di riconsiliazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni ed alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (10).

35. Nella sentenza TDC, invocata dal governo danese, la Corte ha concluso che il Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) non costituiva un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE considerando che detto organo non soddisfaceva il criterio dell'indipendenza. La Corte ha fondato la propria conclusione su due elementi. Da un lato, per quanto concerne l'aspetto esterno dell'indipendenza, la Corte ha rilevato che, mentre la normativa danese prevedeva garanzie particolari riguardo alla revoca dei giudici ordinari, le condizioni di revoca dei membri del Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) non erano invece oggetto di una normativa particolare, perché, in caso di revoca abusiva, si applicano solamente le norme generali di diritto amministrativo e di diritto del lavoro (11). Dall'altro, per quanto concerne l'aspetto interno dell'indipendenza, la Corte ha escluso la qualità di terzo del Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni) rispetto agli interessi in gioco, constatando che, nel caso di un ricorso proposto contro una delle sue decisioni dinanzi ai giudici ordinari, tale organo partecipava al procedimento in qualità di convenuto (12).

36. Tuttavia, secondo le informazioni di cui dispone la Corte, il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) non soddisfa alcuno dei due elementi presi in considerazione dalla Corte nella sentenza TDC.

37. Infatti, per quanto concerne, in primo luogo, l'aspetto interno dell'indipendenza, il governo danese ha esplicitamente affermato, sia nelle proprie osservazioni, sia in udienza, che, a differenza del Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni), il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) non è parte nelle cause di cui sono investiti i tribunali ordinari contro le sue decisioni. Non sussiste quindi alcuna ragione di dubitare della sua qualità di terzo rispetto agli interessi in gioco.

38. Per quanto concerne, in secondo luogo, l'aspetto esterno dell'indipendenza, va rilevato che dal fascicolo di cui dispone la Corte si evince che sussistono differenze significative tra il Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni) e il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) per quanto concerne la loro composizione, le garanzie contro la revoca dei loro membri e il loro funzionamento.

39. Così, dalle disposizioni pertinenti della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici emerge che il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) – che è stata creata al fine, tra l'altro, di attuare la direttiva 89/665/CEE (13) – è composta da un presidente e da un dato numero di vice presidenti (che costituiscono la presidenza), nonché da un dato numero di membri esperti, tutti designati dal ministro delle imprese e della crescita (Erhvervs- og vækstministeren) per un periodo fino a quattro anni (14).

40. Tuttavia, a differenza del Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni), la presidenza del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) deve essere composta da giudici di tribunali di primo grado e di corti supreme regionali (15). Orbene, come ha del resto rilevato la Corte nella sentenza TDC (16), detti giudici godono di una tutela speciale contro la revoca. Detta tutela, che si fonda sull'articolo 64 della costituzione danese, risulta estendersi, secondo quanto affermato in udienza, anche alla presidenza delle commissioni di ricorso.

41. Inoltre, dall'analisi delle disposizioni di legge risulta che i membri della presidenza svolgono un ruolo significativamente più importante dei membri esperti nell'attività decisionale del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici). Infatti, tale organo, nella sua composizione ordinaria, è costituito da un membro della presidenza, che agisce in qualità di presidente, e da un membro esperto. In caso di parità di voti nell'adozione di una decisione, il voto del presidente è decisivo (17). Inoltre, i membri della presidenza possono adottare alcune decisioni senza l'intervento dei membri esperti (18) e hanno un peso maggiore nell'adozione delle decisioni nelle cause più complesse o che implicano questioni di principio (19).

42. Certamente, per una parte dei membri del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici), ossia i membri esperti, al pari dei membri del Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni), il diritto danese non sembrerebbe prevedere norme particolari per quanto concerne la loro revoca, perché, in caso di revoca abusiva, si applicano solamente le norme generali di diritto amministrativo e di diritto del lavoro.

43. A tale riguardo, tuttavia, osservo che, se è vero che in alcune decisioni la Corte ha affermato che, per considerare soddisfatta la condizione relativa all'indipendenza dell'organo remittente, la giurisprudenza richiede, in particolare, che i casi di revoca dei membri di tale organo siano determinati da espresse disposizioni di legge (20), è giocoforza osservare che, in tali cause, la constatazione dell'assenza di norme siffatte costituiva un elemento di valutazione, certamente molto importante, ma che si inseriva nell'ambito di un'analisi complessiva (21) degli elementi che caratterizzano l'organo remittente in questione. È sulla base dell'analisi complessiva di tutti detti elementi che la Corte, in tali cause, ha negato la qualità di organo giurisdizionale agli organi in questione (22). Del resto, in alcuni casi, in particolare con riguardo a giudici nazionali responsabili di ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici ai sensi della direttiva 89/665, la Corte ha riconosciuto la qualità di organo giurisdizionale a un organo remittente senza porsi la questione della sussistenza di norme siffatte (23).

44. Nella fattispecie, va rilevato che non solo una parte importante dei membri del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) e, in particolare, i membri che svolgono un ruolo più importante nell'attività decisionale, sono coperti da una garanzia speciale contro la revoca, ossia la garanzia costituzionale, ma dal fascicolo emerge che altri elementi rafforzano l'indipendenza di tale organo rispetto alle eventuali pressioni e agli eventuali interventi indebiti dall'esterno. Pertanto, il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) si trova in posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso principale (24). In particolare, non sussiste alcun rapporto funzionale con l'Erhvervsstyrelsen (autorità danese per l'impresa), che mette a sua disposizione la segreteria, né con le amministrazioni aggiudicatrici i cui atti sono impugnati dinanzi ad esso (25). Inoltre, il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) esercita le proprie funzioni in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte (26). Tutti i suoi membri sono tenuti ad esercitare le loro funzioni in modo indipendente (27). Inoltre, nella misura in cui il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) può, tra l'altro, accertare l'illegittimità delle decisioni o delle aggiudicazioni di appalti, nonché pronunciare ingiunzioni in relazione ad aggiudicazioni di appalti, essa esercita fondamentalmente una funzione giurisdizionale (28).

45. Occorre infine ricordare che la Corte, nel contesto della valutazione dello status giuridico degli organi nazionali menzionati nella direttiva 89/665, responsabili dei ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ha già confermato il carattere di «giurisdizione», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, di diversi altri organi nazionali sostanzialmente comparabili all'organo remittente nella presente causa (29).

46. Alla luce di tutte queste considerazioni, non occorre, a mio avviso, rimettere in discussione la conclusione tratta dalla Corte nella sentenza *Unitron Scandinavia e 3-S*, secondo la quale il *Klagenævnet for Udbud* (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) ha la qualità di «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

B – Sulla questione pregiudiziale

47. Con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima direttiva, debba essere interpretato nel senso che osta, in una situazione come quella in esame nel procedimento principale, a che un'amministrazione aggiudicatrice attribuisca un appalto a un offerente che non ha presentato domanda di partecipazione alla preselezione e non è quindi stato preselezionato.

48. La questione pregiudiziale si inserisce in un contesto di fatto in cui un raggruppamento di due imprese, costituito in forma di società commerciale e che è stato preselezionato in una procedura di aggiudicazione di appalto, si scioglie a seguito del fallimento di uno dei suoi due membri e in cui l'amministrazione aggiudicatrice autorizza il membro restante a continuare a partecipare alla procedura in luogo del raggruppamento e, infine, gli attribuisce l'appalto malgrado il fatto che detto membro, in quanto tale, non sia stato preselezionato. Questa è la situazione cui fa riferimento il giudice del rinvio nella sua questione pregiudiziale.

49. La questione pregiudiziale concerne dunque, in sostanza, la possibilità, alla luce del principio della parità di trattamento, per un'amministrazione aggiudicatrice di autorizzare un membro di un raggruppamento di operatori economici, che non è stato preselezionato singolarmente, a subentrare al raggruppamento durante una procedura di aggiudicazione di appalto.

1. Sul contesto normativo applicabile

50. Occorre rilevare, innanzitutto, che la direttiva 2004/17 non contiene alcuna norma specifica sulle modifiche della composizione di un raggruppamento di operatori economici.

51. L'unica disposizione di tale direttiva attinente ai raggruppamenti di operatori economici è il suo articolo 11, paragrafo 2 (30), il quale, tuttavia, non riguarda la loro modifica durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto. Pertanto, nella misura in cui la direttiva non contiene alcuna disposizione che regoli siffatte modifiche, si deve concludere che la disciplina di queste ultime rientra nella competenza degli Stati membri (31). In tali circostanze, spetta eventualmente al legislatore nazionale, in generale, o all'amministrazione aggiudicatrice, in un caso particolare, stabilire norme al riguardo (32).

52. Sul punto occorre ancora rilevare che, nella sentenza *Makedoniko Metro e Michaniki* (33), la Corte ha statuito che la direttiva 93/37 relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (34) non ostava a una normativa nazionale che vietasse un mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, mutamento verificatosi dopo la presentazione delle offerte.

53. Nel caso di specie, tuttavia, dall'ordinanza di rinvio emerge, da un lato, che la normativa danese non prevede norme specifiche concernenti i mutamenti della composizione dei raggruppamenti di operatori economici e, dall'altro, che neanche l'amministrazione aggiudicatrice ha previsto, nel bando di gara, norme specifiche a tale riguardo.

54. In tali circostanze, l'ammissibilità dei mutamenti della composizione dei raggruppamenti di operatori economici durante la procedura di aggiudicazione di appalti sarà assoggettata ai principi generali del diritto che fanno parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione, tra i quali, segnatamente, il principio della parità di trattamento e di trasparenza, previsto nella direttiva 2004/17, all'articolo 10, e risulterà limitata dal rispetto di tali principi.

2. Sul principio della parità di trattamento nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici

55. Secondo una costante giurisprudenza, il principio della parità di trattamento richiede che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato (35).

56. La Corte ha più volte affermato che il principio della parità di trattamento degli offerenti e l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di assicurarne il rispetto corrispondono all'essenza delle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (36).

57. Il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di contribuire a favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori (37). Tale principio implica che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità durante tutta la procedura di aggiudicazione dell'appalto, sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice (38).

58. È certamente vero che la Corte ha dichiarato che uno degli obiettivi di tali norme è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile, che è nell'interesse del diritto dell'Unione che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto (39) e che siffatta apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse dell'Unione in materia di libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (40).

59. Tuttavia, in materia di appalti pubblici, devono essere presi in considerazione sia l'esigenza di garantire una concorrenza effettiva sia il rispetto del principio di uguaglianza tra offerenti. Pertanto, sebbene la Corte abbia affermato che l'applicazione del principio della parità di trattamento nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non è dunque fine a se stessa, ma dev'essere intesa nell'ottica degli obiettivi che esso contribuisce a perseguire(41), la realizzazione e la soddisfazione dell'obiettivo volto a favorire l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile possono essere tuttavia perseguite solamente se gli operatori economici che partecipano all'appalto pubblico sono in condizione di farlo su un piano di parità, senza la minima forma di discriminazione (42). Posto che la promozione di una concorrenza effettiva fa parte di un obiettivo più ampio di promozione di una concorrenza che, prima di essere effettiva, deve essere sana, il suo perseguimento risulta necessariamente limitato dal rispetto del principio della parità di trattamento tra offerenti (43).

60. A tale riguardo, va ancora rilevato che, come sottolineato da alcuni intervenienti, il principio della parità di trattamento degli offerenti può svolgere un ruolo fondamentale prima dell'aggiudicazione dell'appalto, quando i vari offerenti sono posti in concorrenza tra loro. Una

volta aggiudicato l'appalto invece, l'interesse si concentra sull'attuazione del contratto. In un siffatto contesto, eventi, come un mutamento del raggruppamento che si è aggiudicato l'appalto, in linea di principio, non sollevano questioni concernenti la parità di trattamento tra offerenti, ma piuttosto questioni concernenti un'eventuale modifica dei termini essenziali dell'appalto in questione (44) o la minaccia alla sua buona esecuzione (45).

61. È alla luce di tali principi che occorre analizzare i limiti, fissati dal principio della parità di trattamento in un caso come quello in esame, alla possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di autorizzare, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, un operatore economico che inizialmente non era stato preselezionato a succedere a un altro operatore, segnatamente al raggruppamento preselezionato di cui quest'ultimo faceva parte.

3. Sulla possibilità di autorizzare un operatore economico che non è stato preselezionato a succedere a un altro operatore nella procedura di aggiudicazione degli appalti

62. Sembra che gli intervenienti convengano che, in linea di principio, nelle gare d'appalto con preselezione, solo gli offerenti che sono stati preselezionati possono presentare offerte e, pertanto, possono aggiudicarsi l'appalto.

63. Condivido un siffatto approccio, che, come correttamente sottolineato dal MTHZ, trova un fondamento normativo esplicito nell'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2004/17. Infatti, tale disposizione, prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici «verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati», presuppone un'identità tra gli operatori preselezionati e gli operatori che presentano le offerte (46). Il principio è, quindi, quello secondo cui deve sussistere un'identità giuridica e sostanziale tra l'operatore economico preselezionato e quello che presenta l'offerta e al quale l'appalto potrà essere eventualmente aggiudicato.

64. A tale riguardo, è opportuno precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione in udienza, a mio avviso, è indubbio che, nel caso di specie, non sussista alcuna identità, né giuridica né sostanziale, tra il raggruppamento costituito in forma d'I/S e l'Aarsleff. Infatti, sebbene l'Aarsleff sia stata uno degli associati dell'I/S, è evidente che essa costituisca una persona giuridica sostanzialmente e giuridicamente diversa dal raggruppamento di cui essa faceva parte.

65. Chiarito ciò, si pone la questione se, alla luce del principio della parità di trattamento, quale interpretato ai paragrafi da 55 a 59 delle presenti conclusioni, siano ammissibili deroghe al principio della necessaria identità tra l'offerente preselezionato e l'offerente che presenta l'offerta, segnatamente in circostanze come quelle di cui al procedimento principale.

66. Orbene, a mio avviso, detto principio non può avere una portata assoluta e non subire deroghe. Ritengo che sia possibile prevedere casi, per quanto limitati, in cui un mutamento d'identità di un offerente durante la procedura debba essere ammesso, segnatamente con riferimento all'esigenza di salvaguardare l'apertura nella misura più ampia possibile alla concorrenza nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto.

67. Tuttavia, come ho rilevato al paragrafo 59 delle presenti conclusioni, poiché una siffatta esigenza trova un limite nel rispetto del principio della parità di trattamento, un'amministrazione aggiudicatrice non può discriminare alcuni offerenti adducendo come giustificazione l'esigenza di massima apertura alla concorrenza della procedura di aggiudicazione di appalto. Eventuali deroghe al principio della corrispondenza tra offerente preselezionato e offerente che presenta l'offerta – per le quali, d'altronde, in quanto deroghe a un principio di portata generale, è richiesto un approccio

restrittivo (47) – trovano quindi un limite assoluto nel rispetto del principio della parità di trattamento tra offerenti.

68. Una volta stabiliti tali principi, occorre chiedersi quale approccio in concreto consenta di conciliare al meglio le esigenze – che in un caso come quello in esame nel procedimento principale sembrano poter essere in conflitto – che derivano dal rigoroso rispetto delle pari opportunità tra offerenti e dalla massima apertura alla concorrenza.

69. Ciascuno degli intervenienti propone un approccio diverso.

70. Innanzitutto, per le ragioni che ho appena esposto al paragrafo 66 delle presenti conclusioni, tenderei ad escludere un approccio, come quello che sembra privilegiare il MTHZ, secondo cui non dovrebbero mai sussistere deroghe al principio della corrispondenza tra l'operatore preselezionato e l'operatore che presenta l'offerta.

71. Quanto alla Commissione, essa ritiene in sostanza che, qualora l'operatore che non sia stato preselezionato – segnatamente nel caso di specie, il membro restante del raggruppamento – soddisfi i requisiti previsti dal capitolato d'onori, il principio della parità di trattamento non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice lo autorizzi a proseguire la procedura. Tuttavia, una siffatta soluzione non consente di garantire che le pari opportunità tra offerenti siano rigorosamente garantite.

72. Certamente, la circostanza che il nuovo operatore rispetti il capitolato d'onori (48) costituisce senza dubbio una condizione necessaria affinché non sussista discriminazione tra gli offerenti. Tuttavia, quest'unica circostanza non riesce, in quanto tale, a garantire che, essendo autorizzato a partecipare alla gara d'appalto in un momento successivo rispetto agli altri offerenti, il nuovo operatore non godrà di vantaggi concorrenziali, nel momento in cui accede alla procedura. Tali vantaggi, ad esempio, possono consistere nella conoscenza di informazioni di cui gli altri offerenti non hanno goduto (49) quando hanno deciso di partecipare alla procedura di aggiudicazione di appalto (50).

73. Il governo danese ritiene che, in un caso come quello in esame, il principio della parità di trattamento non osti a che un'amministrazione aggiudicatrice possa accettare il mutamento dell'identità di un offerente tra la preselezione e l'aggiudicazione dell'appalto se sono soddisfatte due condizioni. In primo luogo, la parte restante dell'offerente, la cui identità è stata modificata, dovrebbe soddisfare, da sola, i requisiti di idoneità previsti per la preselezione e, in secondo luogo, il mutamento dell'identità dell'offerente non dovrebbe incidere sulla rosa dei candidati preselezionati, nel senso che, anche se la parte restante dell'offerente avesse partecipato alla preselezione sin dall'inizio in tale nuova forma, i candidati preselezionati sarebbero stati sempre gli stessi.

74. Orbene, ritengo che nemmeno tale soluzione sia soddisfacente. Infatti, la prima condizione mi sembra corrispondere, in sostanza, a quella richiesta nella soluzione proposta dalla Commissione. Quanto alla seconda condizione, non credo che sia sufficiente che il mutamento soggettivo non incida sulla rosa dei candidati preselezionati affinché sia garantito il rigoroso rispetto delle pari opportunità tra offerenti. Infatti, per le stesse ragioni indicate nel paragrafo 72 delle presenti conclusioni, ritengo che la circostanza che nessun operatore non sia stato né indebitamente escluso dalla procedura né indebitamente ammesso a parteciparvi, pur essendo anch'essa una condizione necessaria al fine di evitare una discriminazione, non sia sufficiente a garantire il rispetto del requisito delle pari opportunità tra offerenti.

75. A mio avviso, in assenza di norme esplicite preventivamente adottate dal legislatore o dall'amministrazione aggiudicatrice, è opportuno che l'ente aggiudicatore esegua un'analisi in concreto, caso per caso, sulla base di tutti gli elementi di fatto di cui esso dispone, per verificare se il mutamento soggettivo in questione comporti una situazione in cui gli offerenti non si trovano su un piano di parità durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto, segnatamente, ma non solamente nella formulazione delle loro offerte. Tale analisi mirerà in particolare a verificare se detto mutamento dia luogo a un vantaggio concorrenziale per il nuovo offerente comportando, pertanto, un'alterazione del processo concorrenziale.

76. Orbene, numerosi casi di mutamento soggettivo possono essere previsti in astratto e non è necessario analizzarli nel presente contesto. Mi limiterò a rilevare che, in un caso in cui il mutamento d'identità soggettiva abbia una portata esclusivamente formale e non sostanziale, giacché implica ad esempio esclusivamente una modifica di forma o una riorganizzazione interna che non ha conseguenze sostanziali (51), sarà improbabile che una siffatta modifica possa creare una situazione che comporti una disparità delle opportunità.

77. Tuttavia, a mio avviso, una situazione, come quella di cui al procedimento principale, in cui un raggruppamento, costituito in forma di una persona giuridica diversa dagli operatori economici che ne fanno parte, si scioglie ed è sostituito nella procedura dal membro restante del raggruppamento, non costituisce un caso di mutamento d'identità soggettiva avente una portata esclusivamente formale e non sostanziale.

78. In tali circostanze, ritengo che spetti al giudice del rinvio, sulla base degli elementi di fatto di cui dispone, accertare in concreto, se, nella fattispecie, la decisione della Banedanmark abbia determinato una violazione del principio della parità di trattamento tra i diversi offerenti che hanno partecipato alla procedura e, in particolare, se l'Aarsleff, nel momento in cui è stata autorizzata a sostituirsi all'I/S nella procedura, abbia beneficiato di vantaggi concorrenziali rispetto agli altri offerenti.

79. A tale riguardo, sulla base delle informazioni di cui dispone la Corte nel fascicolo, mi limiterò ad effettuare le seguenti considerazioni.

80. Innanzitutto, il giudice del rinvio sottolinea che si deve considerare dimostrato che, se l'Aarsleff avesse presentato direttamente l'offerta invece di farlo attraverso il raggruppamento sciolto, essa sarebbe stata ugualmente preselezionata. Tuttavia, a mio avviso, detta circostanza non esclude che, nella fattispecie, potrebbe sussistere una violazione del principio della parità di trattamento. La questione decisiva nella presente causa non è tanto (o solamente) se, ipoteticamente, l'Aarsleff avesse potuto o meno essere preselezionata da sola, ma se essa abbia beneficiato di un trattamento diverso che ha generato un vantaggio concorrenziale a suo favore, nel momento in cui essa è stata autorizzata a partecipare da sola alla procedura, senza essere stata previamente preselezionata.

81. Sembra poi che l'Aarsleff abbia potuto decidere di partecipare da sola alla gara d'appalto sulla base di informazioni di cui gli altri offerenti non disponevano quando hanno deciso di partecipare a tale gara d'appalto (52). In particolare, il MTHZ ha sostenuto che, quando l'Aarsleff, a seguito del fallimento della Pihl e quindi della dissoluzione del raggruppamento, è stata autorizzata a prendere una siffatta decisione, da un lato, essa aveva potuto avere conoscenza del numero esatto di imprese che partecipavano a tale procedura e che avevano presentato un'offerta e, dall'altro, essa sapeva che l'offerta presentata dal raggruppamento, di cui essa stessa faceva parte, era stata valutata come la seconda migliore offerta. Inoltre, a tutte dette circostanze occorre altresì aggiungere che, dopo il fallimento della Pihl, l'Aarsleff aveva avuto la possibilità di riassumere oltre 50 dipendenti

della Pihl, comprese alcune figure chiave per la realizzazione del progetto su cui verteva la gara d'appalto (53).

82. Orbene, una situazione in cui due operatori economici, prima dell'inizio di una procedura di aggiudicazione di appalto, decidono di creare un raggruppamento che ha lo scopo esclusivo di partecipare a tale procedura, presuppone che detti due operatori, dopo aver valutato le loro opportunità e i rischi connessi a tale progetto, abbiano preso la decisione commerciale di partecipare insieme alla gara d'appalto e di dividerne i benefici e i rischi. In tali circostanze, si deve analizzare in concreto se la possibilità fornita a uno di detti due operatori, in una fase successiva della procedura in cui gli elementi di incertezza riguardo allo svolgimento della procedura sono minori, di modificare tale decisione commerciale consentendogli di partecipare da solo alla procedura, non dia luogo a un trattamento diverso rispetto agli altri offerenti e comporti un vantaggio concorrenziale. Occorre verificare se una siffatta decisione commerciale successiva sia stata effettivamente adottata sulla base di informazioni diverse da quelle di cui disponevano gli altri offerenti quando hanno preso la decisione di partecipare alla procedura in una data forma o composizione, senza avere poi la possibilità di cambiarla.

V – Conclusione

83. Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal *Klagenævnet for Udbud* (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) nei seguenti termini:

1) L'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, deve sussistere un'identità giuridica e sostanziale tra l'operatore economico preselezionato in una procedura di aggiudicazione di appalto con preselezione e l'operatore economico che presenta l'offerta nell'ambito della medesima procedura.

2) In una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui due operatori economici hanno costituito un raggruppamento in forma di società commerciale al fine di partecipare a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico e uno di essi, dopo la preselezione del raggruppamento, ma prima dell'aggiudicazione dell'appalto, è stato oggetto di una procedura di insolvenza cosicché il raggruppamento si è sciolto, l'articolo 10 della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che spetta all'amministrazione aggiudicatrice, sulla base di un'analisi in concreto, fondata su tutti gli elementi di fatto di cui essa dispone, verificare se un'eventuale autorizzazione a proseguire la partecipazione nella procedura in luogo del raggruppamento, aggiudicata al membro restante di quest'ultimo, che non era stato inizialmente preselezionato, comporti una situazione in cui gli offerenti non si trovano su un piano di pari opportunità durante la procedura, segnatamente, nella formulazione delle loro offerte. Ciò accadrà in particolare qualora il membro restante del raggruppamento abbia potuto prendere decisioni nell'ambito della procedura di aggiudicazione di appalto sulla base di informazioni di cui gli altri offerenti non disponevano nel momento in cui essi hanno dovuto prendere la medesima decisione e qualora esso abbia avuto la possibilità, prima dell'avvio della procedura, di acquisire elementi chiave per la realizzazione del progetto di cui non disponeva nel momento in cui avrebbe dovuto essere preselezionato.

1 – Lingua originale: il francese.

- 2 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).
- 3 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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 (GU L 94, pag. 243).
- 4 – C-275/98, EU:C:1999:567. V. segnatamente punto 15, che fa riferimento ai paragrafi 17 e 18 delle conclusioni dell'avvocato generale Alber nella medesima causa (C-275/98, EU:C:1999:384).
- 5 – C-222/13, EU:C:2014:2265.
- 6 – V., inter alia, sentenze Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, punto 21) e TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 27) .
- 7 – V. articoli 3, paragrafo 1, e 5, paragrafo 1, della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.
- 8 – Ai sensi degli articoli 13, 14 e da 16 a 18 della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici può, segnatamente, annullare le decisioni o le aggiudicazioni di appalti illeciti, pronunciare ingiunzioni, infliggere sanzioni finanziarie, concedere indennizzi e invalidare contratti.
- 9 – V. sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punti 22 e 23 nonché la giurisprudenza ivi citata). V., altresì, analisi completa della giurisprudenza su tale questione contenuta nelle conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella medesima causa (C-203/14, EU:C:2015:445, punti 40 e seguenti).
- 10 – V., inter alia, sentenza Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punti da 49 a 53 e la giurisprudenza ivi citata).
- 11 – Sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punti da 34 a 36).
- 12 – Ibidem (punto 37).
- 13 – Direttiva del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata.
- 14 – V. articolo 9, paragrafi 1 e 2, primo periodo, della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.
- 15 – V. articolo 9, paragrafo 2, secondo periodo, della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.
- 16 – Sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 35).

- 17 – V. articolo 10, paragrafi 4, primo periodo, e 5, della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Ai sensi della prima disposizione, fatta salva la situazione descritta nel paragrafo 6 di tale articolo, un membro della presidenza e un membro esperto partecipano alla trattazione di una singola causa. Ai sensi della seconda disposizione, le decisioni del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) sono adottate a maggioranza semplice e il voto del presidente prevale in caso di parità.
- 18 – V. articolo 10, paragrafo 6, della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.
- 19 – V. articolo 10, paragrafo 4, della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, ai sensi del quale il presidente del Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici), in alcuni casi particolari, può decidere di aumentare il numero dei membri della presidenza e dei membri esperti che partecipano alla trattazione di una causa. In un caso simile, il numero dei membri della presidenza deve pertanto corrispondere al numero dei membri esperti. Da tale disposizione, che è utilizzata nelle cause più complesse o che implicano questioni di principio, emerge che anche in tali tipi di cause, particolarmente importanti, il Klagenævnet for Udbud (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) sarà composta da un numero paritetico di membri della presidenza e di membri esperti, il che comporta che, essendo il voto del presidente decisivo, i membri della presidenza avranno un peso maggiore nell'adozione della decisione.
- 20 – Ordinanza Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punto 24 in fine) e sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 32).
- 21 – V. sentenza Syfait e a. (C-53/03, EU:C:2005:333, punto 37).
- 22 – V. analisi della Corte nelle sentenze Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punti da 37 a 43), Syfait e a. (C-53/03, EU:C:2005:333, punti da 30 a 37) e ordinanza Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, punti da 25 a 30). V. anche sentenza TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) in cui la Corte si è basata su due elementi, quello relativo all'aspetto interno e quello relativo all'aspetto esterno, per negare la sussistenza dell'indipendenza del Teleklagenævnet (commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni) (v. paragrafo 35 delle presenti conclusioni).
- 23 – V., segnatamente, sentenza HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punti da 24 a 28).
- 24 – V. sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata).
- 25 – V., a contrario, sentenza Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punti da 37 a 40).
- 26 – V. sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata).
- 27 – V. articolo 1, paragrafo 4, del decreto n. 887, dell'11 agosto 2011, sulla commissione di ricorso in materia di appalti pubblici. Per la pertinenza di tale elemento, v. sentenza Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punto 35).
- 28 – V. sentenza Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punto 37).
- 29 – V. sentenza Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punto 26 e la giurisprudenza ivi citata).

- 30 – V. paragrafo 7 delle presenti conclusioni. Detto articolo è ripreso, in sostanza, dall'articolo 37, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/25.
- 31 – V., per analogia, in relazione alla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), sentenza *Makedoniko Metro e Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, punto 61).
- 32 – Nel redigere tali norme, il legislatore o l'amministrazione aggiudicatrice saranno sempre tenuti a rispettare i principi generali del diritto. V., a tale riguardo, il considerando 9 della direttiva 2004/17/CE e, in modo più esplicito, il considerando 2 della 2004/18 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114). V., altresì, il considerando 2 della direttiva 2014/25.
- 33 – C-57/01, EU:C:2003:47, punti 61 e 63.
- 34 – V. nota a piè di pagina 31.
- 35 – V., inter alia, sentenze *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, punto 27 e la giurisprudenza ivi citata) e *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punto 30).
- 36 – V., in tal senso, sentenze *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, punto 26) e *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45 e la giurisprudenza ivi citata).
- 37 – V., in tal senso, sentenze *Commissione/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punto 110) e *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 33).
- 38 – V., in tal senso, sentenze *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, punti 33 e 34), *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45 e la giurisprudenza ivi citata) e ordinanza *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, punto 38). Il corsivo è mio.
- 39 – V., in tal senso, sentenze *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, punto 26) e *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, punto 37).
- 40 – Sentenza *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, punto 37). Nel caso delle procedure negoziate, il requisito di una concorrenza «sufficiente» è, del resto, esplicitamente sottolineato nell'articolo 54, paragrafo 3, della direttiva 2004/17 menzionato nel paragrafo 9 delle presenti conclusioni.
- 41 – V., in tal senso, sentenza *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punto 29).
- 42 – V. conclusioni dell'avvocato generale Léger nelle cause riunite *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2004:709, paragrafo 22) nonché le conclusioni dell'avvocato generale Poirares Maduro nella causa *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:544, paragrafo 23).
- 43 – V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Poirares Maduro nelle cause riunite *La Cascina e a.* (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2005:524, paragrafo 26).

44 – V. sentenza *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, punti 40 e seguenti).

45 – A tale riguardo, va rilevato che la direttiva 2014/25 disciplina esplicitamente, nel suo articolo 89, paragrafo 1, lettera d), punto ii), il caso di una modifica del contraente dopo l'aggiudicazione dell'appalto. Tale disposizione prevede che non è necessario procedere a una nuova aggiudicazione dell'appalto segnatamente se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze[:] «all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della (...) direttiva».

46 – Nell'ambito della disciplina delle procedure negoziate con previa indizione di gara, l'articolo 47, paragrafo 2, della direttiva 2014/25 è ancora più chiaro al riguardo, nella misura in cui prevede che «soltanto gli operatori economici invitati dall'ente aggiudicatore in seguito alla sua valutazione delle informazioni fornite possono partecipare alle negoziazioni».

47 – V., in tal senso, sentenze *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, punto 24) nonché *Pfeiffer e a.* (da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 52 e la giurisprudenza ivi citata).

48 – Non è, d'altronde, chiaro se, ai sensi di tale proposta, il nuovo operatore debba soddisfare i requisiti previsti dal capitolato d'oneri nel momento in cui avviene la modifica o se esso avrebbe dovuto soddisfarli nel momento in cui tutti gli altri offerenti sono stati preselezionati.

49 – V. sentenza *Fabricom* (C-21/03 e C-34/03, EU:C:2005:127, punto 29), in cui la Corte ha preso in considerazione alcuni possibili vantaggi concorrenziali in ragione di informazioni che un offerente avrebbe potuto ottenere con riguardo all'appalto pubblico in questione.

50 – Occorre del resto rilevare che la Commissione stessa ammette, nelle proprie osservazioni, che il criterio che essa propone non consente di garantire l'inesistenza in ogni caso di un rischio di distorsione della concorrenza.

51 – V., per analogia, sentenza *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, punti da 43 a 45).

52 – A tale riguardo, v. la nota 49 delle presenti conclusioni.