

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ATHANASIOS RANTOS
presentate l'11 maggio 2023 (1)

Causa C-266/22

**CRRC Qingdao Sifang CO LTD,
Astra Vagoane Călători SA
contro
Autoritatea pentru Reformă Feroviară,
Alstom Ferroviaria SPA**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Curtea de Apel București (Corte d'appello, Bucarest, Romania)]

«Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 25 – Normativa nazionale entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando di gara – Modifica della nozione di “operatore economico” – Esclusione dell’offerta presentata da un operatore economico stabilito nella Repubblica Popolare Cinese – Paese terzo non firmatario di un accordo di cui all’articolo 25»

I. Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 2, paragrafo 1, punto 13, dell’articolo 18, paragrafo 1, dell’articolo 25 e dell’articolo 49 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (2), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2019/1828 della Commissione, del 30 ottobre 2019 (3) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»).

2. Con le sue due questioni pregiudiziali, la Curtea de Apel București (Corte d’appello di Bucarest, Romania) invita, in sostanza, la Corte a esaminare se tali disposizioni del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici ostino a che un operatore economico, stabilito nella Repubblica Popolare Cinese, sia escluso da una procedura aperta di appalto pubblico indetta da un’amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro, qualora tale esclusione derivi da una normativa nazionale con cui la nozione di «operatore economico» è stata modificata al fine di trasporre l’articolo 25 della direttiva 2014/24, e tale normativa nazionale sia entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando di gara.

3. Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia che oppone, da una parte, un consorzio composto dalla CRRC Qingdao Sifang e dall’Astra Vagoane Călători SA (in prosieguo, congiuntamente: il «consorzio») e, dall’altra, l’Autoritatea pentru Reformă Feroviară (autorità per le

riforme ferroviarie; in prosieguo: l'«ARF»), ente aggiudicatore in Romania, e la Alstom Ferroviaria, intervenuta a sostegno dell'ARF. In particolare, questa controversia verte sulla decisione di detto ente di escludere l'offerta presentata dal consorzio, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto per l'acquisto di 20 nuove unità multiple elettriche interregionali e la prestazione di servizi di manutenzione e riparazione di tali treni, a motivo che la CRRC Qingdao Sifang è una società la cui sede sociale è situata nella Repubblica Popolare Cinese.

4. Le questioni sollevate consentiranno alla Corte di esaminare, per la prima volta, la conformità con il diritto dell'Unione delle norme nazionali dirette a trasporre l'articolo 25 della direttiva 2014/24 e di interpretare il contenuto normativo di tale disposizione.

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/24

5. I considerando 1, 17 e 98 della direttiva 2014/24 così recitano:

«(1) L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.

(...)

(17) La decisione 94/800/CE del Consiglio[, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) (GU 1994, L 336, pag. 1)] ha approvato in particolare l'accordo sugli appalti pubblici concluso nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio [in prosieguo: l'«AAP»]. Scopo dell'AAP è stabilire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale. Per gli appalti contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali relative all'Unione europea dell'appendice I dell'AAP, nonché da altri pertinenti accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero soddisfare gli obblighi previsti da questi accordi attraverso l'applicazione della presente direttiva agli operatori economici dei paesi terzi firmatari degli stessi.

(...)

(98) È essenziale che i criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti gli aspetti sociali del processo di produzione si colleghino ai lavori, alle forniture o ai servizi oggetto dell'appalto. I criteri dovrebbero inoltre essere applicati conformemente alla direttiva 96/71/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1)], quale interpretata dalla [Corte], e non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'AAP o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. (...).

6. L'articolo 2 della direttiva 2014/24, intitolato «Definizioni», al suo paragrafo 1 enuncia, in particolare, le definizioni seguenti:

«Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

(...)

5. “appalti pubblici”: contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi;

(...)

10. “operatore economico”: una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un’opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi;

(...)

11. “offerente”: un operatore economico che ha presentato un’offerta;

(...)

13. “documento di gara”: qualsiasi documento prodotto dall’amministrazione aggiudicatrice o al quale l’amministrazione aggiudicatrice fa riferimento per descrivere o determinare elementi dell’appalto o della procedura, compresi il bando di gara, l’avviso di preinformazione nel caso in cui sia utilizzato come mezzo di indizione di gara, le specifiche tecniche, il documento descrittivo, le condizioni contrattuali proposte, i modelli per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari;

(...))».

7. Ai sensi del suo articolo 7, intitolato «Appalti aggiudicati nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali», la direttiva 2014/24 non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione di cui alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2019/1829 della Commissione, del 30 ottobre 2019 (GU 2019, L 279, pag. 27) (in prosieguo: la «direttiva 2014/25»), che sono aggiudicati o organizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 8 a 14 della direttiva 2014/25 e sono aggiudicati per l’esercizio di tali attività.

8. L’articolo 18 della direttiva 2014/24, intitolato «Principi per l’aggiudicazione degli appalti», precisa, al suo paragrafo 1, primo comma, che le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

9. L’articolo 19 di tale direttiva, intitolato «Operatori economici», al suo paragrafo 1, primo comma, prevede quanto segue:

«Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l’appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche».

10. L’articolo 25 di detta direttiva, intitolato «Condizioni relative all’AAP e ad altri accordi internazionali», così recita:

«Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell’appendice 1 dell’Unione europea dell’AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l’Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici

dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione».

11. L'articolo 49 della medesima direttiva, intitolato «Bandi di gara», è formulato come segue:

«I bandi di gara sono utilizzati come mezzo di indizione per tutte le procedure, fatti salvi l'articolo 26, paragrafo 5, secondo comma, e l'articolo 32. Essi contengono le informazioni di cui all'allegato V, parte C, e sono pubblicati conformemente all'articolo 51».

12. L'articolo 58 della direttiva 2014/24, intitolato «Criteri di selezione», al suo paragrafo 2, primo comma, così dispone:

«Per quanto riguarda l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale, tenuto nel loro Stato membro di stabilimento, come descritto nell'allegato XI, o soddisfino qualsiasi altro requisito previsto in tale allegato».

2. Direttiva 2014/25

13. L'articolo 1 della direttiva 2014/25, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», al suo paragrafo 2 così dispone:

«Ai sensi della presente direttiva si parla di appalto quando uno o più enti aggiudicatori acquisiscono, mediante un appalto di lavori, forniture e servizi, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dagli enti aggiudicatori stessi, a condizione che i lavori, le forniture o i servizi siano destinati all'esercizio di una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14».

14. L'articolo 11 di tale direttiva, intitolato «Servizi di trasporto», stabilisce quanto segue:

«La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio».

15. L'articolo 43 della suddetta direttiva, intitolato «Condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali», è così formulato:

«Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 3, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice I dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali ai quali l'Unione è vincolata, gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione».

3. Comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019

16. La comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019, intitolata «Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE» [C(2019) 5494 final] (4) (in prosieguo: la «comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019»), comprende i seguenti passaggi rilevanti:

«L'Unione si è impegnata in diversi accordi internazionali (come l'[AAP] e gli accordi bilaterali di libero scambio con capitoli sugli appalti) a concedere accesso al proprio mercato degli appalti pubblici per alcuni lavori, forniture, servizi ed operatori economici di diversi paesi terzi.

Conseguentemente, le direttive sugli appalti pubblici prevedono che i committenti pubblici dell'UE accordino ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un

trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione, nella misura in cui questi siano contemplati da tali accordi.

Oltre a tale obbligo, gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi».

B. Diritto rumeno

17. L'articolo 3, paragrafo 1, lettera jj), della Legge n. 98/2016 privind achizițiile publice (legge n. 98/2016, in materia di appalti pubblici), del 19 maggio 2016 (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n. 390 del 23 maggio 2016), nella sua versione in vigore al 3 aprile 2020 (in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»), definisce la nozione di «operatore economico» come segue:

«Ai fini della presente legge, si applicano le seguenti definizioni:

(...)

(jj) operatore economico: qualsiasi persona fisica o giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, oppure gruppo o associazione di tali persone, compresa qualsiasi associazione temporanea tra due o più di tali enti, che offra in modo lecito sul mercato la realizzazione di lavori e/o di opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

18. L'articolo 236 della legge sugli appalti pubblici stabilisce quanto segue:

«1. La presente legge si applica alle procedure di aggiudicazione di appalto avviate successivamente alla data della sua entrata in vigore.

2. Alle procedure di aggiudicazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge si applica la legge in vigore alla data di avvio della procedura di gara.

3. La presente legge si applica agli appalti pubblici/accordi-quadro conclusi successivamente alla data della sua entrata in vigore.

4. Gli appalti pubblici/accordi-quadro conclusi prima della data di entrata in vigore della presente legge sono soggetti alle disposizioni della legge in vigore alla data in cui sono stati stipulati per tutto quanto riguarda la conclusione, la modifica, l'interpretazione, gli effetti, l'esecuzione e la risoluzione dei medesimi».

19. L'Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 25/2021 privind modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice (decreto legge n. 25/2021, recante modifica e integrazione di taluni atti normativi nel settore degli appalti pubblici), del 31 marzo 2021 (*Monitorul Oficial al României*, Parte I, n. 346, del 5 aprile 2021) (in prosieguo: l'«OUG n. 25/2021 »), entrata in vigore il 5 aprile 2021, ha modificato diverse disposizioni della legge sugli appalti pubblici al fine di trasporre l'articolo 25 della direttiva 2014/24 e l'articolo 43 della direttiva 2014/25.

20. L'articolo V dell'OUG n. 25/2021 così dispone:

«Le procedure di aggiudicazione di appalto nell'ambito delle quali gli operatori economici hanno presentato offerte alla data di entrata in vigore della presente OUG sono soggette alla legislazione in vigore alla data di avvio di tali procedure».

21. L'articolo 3, paragrafo 1, lettera jj), della legge sugli appalti pubblici, come modificato dall'OUG n. 25/2021, definisce la nozione di «operatore economico» come segue:

«Ai fini della presente legge, si applicano le seguenti definizioni:

(...)

(jj) operatore economico: qualsiasi persona fisica o giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, oppure gruppo o associazione di tali persone, compresa qualsiasi associazione temporanea costituita tra due o più di tali enti, che offra in modo lecito sul mercato la realizzazione di lavori e/o di opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi e che sia stabilito/a in:

- i) uno Stato membro dell'[Unione];
- ii) uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE);
- iii) paesi terzi che hanno ratificato [l'AAP], nella misura in cui l'appalto pubblico aggiudicato sia contemplato dagli allegati 1, 2, 4 e 5, 6 e 7 all'appendice I dell'AAP;
- iv) paesi terzi in via di adesione all'[Unione];
- v) paesi terzi che non rientrano nell'ambito di applicazione del punto iii), ma che sono firmatari di altri accordi internazionali in forza dei quali l'[Unione] è tenuta a concedere il libero accesso al mercato degli appalti pubblici».

22. L'articolo 49 della legge sugli appalti pubblici, come modificato dall'OUG n. 25/2021, così recita:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di trattare gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e di agire in maniera trasparente e proporzionata.

2. Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5, 6 e 7 all'appendice I dell'AAP e da altri accordi internazionali a cui l'[Unione] è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione».

23. L'articolo 53, paragrafi 1 e 1 bis, della legge sugli appalti pubblici, come modificato dall'OUG n. 25/2021, dispone quanto segue:

«1. Sono autorizzati a partecipare alle procedure di appalto di cui all'articolo 68, in qualità di singolo offerente/offerte associato/candidato/terzo garante/subappaltatore, gli operatori economici quali definiti all'articolo 3, paragrafo 1, lettera jj).

1 bis. L'amministrazione aggiudicatrice esclude dalla procedura di aggiudicazione qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia la qualità di singolo offerente/offerte associato/candidato/terzo garante/subappaltatore, che non corrisponda alla definizione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera jj), senza che sia necessario verificare l'applicabilità degli articoli 164, 165 e 167».

III. Procedimento principale, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

24. Il 3 aprile 2020 l'ARF avviava una procedura per l'aggiudicazione, mediante gara aperta, di un appalto pubblico avente ad oggetto «l'acquisto di 20 nuove unità multiple elettriche interregionali, denominate RE-IR, e l'acquisto dei servizi di manutenzione e riparazione necessari al funzionamento di detti treni», tramite la pubblicazione del bando di gara CN1020204, del 3 aprile 2020, nel Sistemul Electronic de Achiziții Publice (sistema elettronico per gli appalti pubblici), insieme ai relativi documenti di gara.

25. Il 5 aprile 2021 entrava in vigore l'OUG n. 25/2021, recante modifica e integrazione di taluni atti normativi nel settore degli appalti pubblici.

26. Il 19 aprile 2021, termine ultimo per la presentazione delle offerte nell'ambito della procedura di appalto in questione, presentavano offerte due operatori economici, vale a dire il consorzio e la Alstom Ferroviaria.

27. Il 2 novembre 2021 l'ARF pubblicava il verbale finale di aggiudicazione dell'appalto n. 22/410/28.10.2021, con il quale escludeva l'offerta presentata dal consorzio dichiarando vincitrice l'offerta della Alstom Ferroviaria (in prosieguo: il «verbale di esclusione»). Il motivo dell'esclusione verteva sul fatto che la capofila del consorzio, ossia la società CRRC Qingdao Sifang, non rientrava nella nozione di «operatore economico» definita all'articolo 3, paragrafo 1, lettera jj) della legge sugli appalti pubblici, come modificato dall'OUG n. 25/2021, tenuto conto della circostanza che la sua sede sociale si trovava nella Repubblica Popolare Cinese.

28. L'11 novembre 2021 il consorzio proponeva reclamo contro il verbale di esclusione dinanzi al Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Consiglio nazionale per la risoluzione dei reclami, Romania; in prosieguo: il «CNSC»). Nell'ambito del proprio reclamo, il consorzio faceva valere che tale esclusione, fondata sull'applicazione retroattiva dell'OUG n. 25/2021, era in contrasto con la Costituzione rumena e con il diritto dell'Unione.

29. Con decisione del 31 gennaio 2022, il CNSC respingeva il reclamo del consorzio. Tale organismo rilevava, anzitutto, che la Repubblica Popolare Cinese non soddisfaceva nessuna delle condizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera jj), punti da i) a v), della legge sugli appalti pubblici, come modificata dall'OUG n. 25/2021. Il CNSC constatava poi che il consorzio aveva presentato la sua offerta il 19 aprile 2021, ossia successivamente all'entrata in vigore, in data 5 aprile 2021, dell'OUG n. 25/2021. Il medesimo organismo evidenziava infine che, ai sensi dell'articolo V dell'OUG n. 25/2021, solo le procedure di aggiudicazione di appalto nell'ambito delle quali gli operatori economici hanno presentato offerte alla data di entrata in vigore di tale OUG sono soggette alla legislazione vigente alla data di avvio di tali procedure. A contrario, le procedure di aggiudicazione nell'ambito delle quali non era stata presentata alcuna offerta alla data del 5 aprile 2021, giorno di entrata in vigore dell'OUG n. 25/2021, sarebbero disciplinate da detta OUG.

30. Il 14 febbraio 2022 il consorzio proponeva ricorso avverso la decisione del CNSC dinanzi alla Curtea de Apel București (Corte d'appello, Bucarest), giudice del rinvio, che statuisce in ultimo grado. Nell'ambito di detto ricorso, il consorzio sostiene che la modifica delle norme di una procedura di aggiudicazione di appalto in corso di procedura costituirebbe una violazione dei principi del diritto dell'Unione, in particolare dei principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto, irretroattività, trasparenza e parità di trattamento.

31. Il 2 marzo 2022 le ricorrenti chiedevano di sottoporre alla Corte tre questioni pregiudiziali.

32. Il giudice del rinvio rileva che l'OUG n. 25/2021 ha modificato il quadro giuridico in materia di appalti pubblici ridefinendo talune norme generali per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione, conformemente alle disposizioni dell'articolo 25 della direttiva 2014/24, il quale impone agli Stati membri l'obbligo di garantire la parità di trattamento rispetto agli operatori economici negli Stati membri solo nei confronti degli operatori economici degli Stati terzi firmatari degli accordi ai quali tale disposizione rinvia.

33. Nel preambolo dell'OUG n. 25/2021, il governo rumeno avrebbe fatto riferimento a una tendenza, in atto negli ultimi anni, a un aumento del numero di offerenti esterni all'Unione che partecipano alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, i quali offrirebbero minori garanzie quanto al rispetto di taluni requisiti, come gli standard di qualità certificati, gli standard ambientali e di sviluppo sostenibile, i requisiti relativi alle condizioni di lavoro e alla tutela sociale, e le politiche di concorrenza.

34. Il giudice del rinvio constata che l'articolo 25 della direttiva 2014/24 non opera alcuna distinzione riguardo al trattamento degli operatori economici, oggetto di tale disposizione, in base alla data in cui tali operatori hanno presentato le loro offerte nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti alle quali partecipano.

35. Detto giudice si chiede in quale misura sia garantito il rispetto dei principi di certezza dei rapporti giuridici e tutela del legittimo affidamento, sanciti dal diritto dell'Unione, nonché dei principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, punto 13, e con l'articolo 49 di detta

direttiva, nel caso in cui un offerente sia escluso sulla base di un atto normativo con forza di legge che modifichi la definizione di operatore economico successivamente alla pubblicazione del bando di gara.

36. In tale contesto, la Curtea de Apel București (Corte d'appello, Bucarest) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se i principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento ostino a una normativa nazionale che ha trasposto l'articolo 25 della [direttiva 2014/24], a decorrere dal 5 aprile 2021, e che ha stabilito che gli operatori economici non soggetti a tali disposizioni dell'Unione possono continuare a partecipare alle procedure di appalto pubblico solo se hanno presentato offerte entro la data di entrata in vigore di tale modifica legislativa.

2) Se i principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, di cui all'articolo 18, paragrafo 1, [della direttiva 2014/24], in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, punto 13, e con l'articolo 49 [di detta direttiva], ostino all'esclusione di un offerente sulla base di un atto normativo con forza di legge adottato dal governo dello Stato membro, che stabilisce una nuova norma recante modifica della definizione di operatore economico, successivamente alla pubblicazione del bando di gara relativo alla procedura di aggiudicazione alla quale tale operatore partecipa».

37. Il consorzio, l'ARF, la Alstom Ferroviaria, il governo austriaco e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte alla Corte.

38. La Alstom Ferroviaria e l'ARF, entrambe in subordine, nonché il governo austriaco e la Commissione, propongono di rispondere in senso negativo alle questioni sollevate. Il consorzio propone invece di rispondere a tali questioni in senso affermativo.

IV. Analisi

A. Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali e sulla competenza della Corte a risolverle

39. La Alstom Ferroviaria e l'ARF eccepiscono entrambe l'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale nella sua integralità. Più precisamente, la Alstom Ferroviaria sostiene che le questioni pregiudiziali sarebbero irricevibili in quanto verterebbero sull'interpretazione non di disposizioni del diritto dell'Unione, bensì di norme di diritto nazionale (5) che rientrerebbero nella competenza esclusiva del giudice nazionale. L'ARF sottolinea, dal canto suo, che la situazione giuridica sottesa al procedimento principale non rientrerebbe nell'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto dell'Unione e che la domanda di pronuncia pregiudiziale sarebbe irricevibile con riferimento alla CRRC Qingdao Sifang. Inoltre, se fosse dichiarata irricevibile con riferimento alla CRRC Qingdao Sifang, la domanda di pronuncia pregiudiziale dovrebbe essere dichiarata irricevibile anche con riferimento all'Astra Vagoane Călători, la quale è effettivamente stabilita in Romania, ma ha partecipato alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico nell'ambito di un consorzio con la CRRC Qingdao Sifang.

40. Desidero rammentare, a tal riguardo, che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta soltanto al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità della futura decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso di specie, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire (6). Inoltre, il diniego della Corte di statuire su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile solo quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura teorica oppure, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte (7).

41. Nella presente causa, il giudice del rinvio chiede se l'applicazione, successivamente alla pubblicazione del bando di gara, di una normativa nazionale che ha modificato la nozione di «operatore economico» al fine di trasporre l'articolo 25 della direttiva 2014/24, che ha comportato l'esclusione del consorzio, sia compatibile con il diritto dell'Unione. In tali circostanze, non si può ritenere che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non abbia manifestamente alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale né che essa sia di natura teorica. Inoltre, la decisione di rinvio contiene elementi di fatto e di diritto sufficienti per fornire una risposta utile alle questioni sollevate dal giudice del rinvio. Peraltro, per quanto riguarda gli argomenti dedotti dall'ARF relativi all'inapplicabilità della direttiva 2014/24 a operatori economici stabiliti in paesi terzi che non siano firmatari di alcun accordo che conceda loro il libero accesso al mercato degli appalti pubblici dell'Unione, si tratta di argomenti che vertono sull'analisi nel merito delle questioni sollevate, e non sulla loro ricevibilità.

42. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che la domanda di pronuncia pregiudiziale sia ricevibile.

B. Nel merito

43. Con le sue due questioni pregiudiziali, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se i principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, da un lato, e i principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, punto 13, e con l'articolo 49 di tale direttiva, dall'altro, ostino all'esclusione di un offerente per il fatto che esso è stabilito in un paese terzo non firmatario di un accordo di cui all'articolo 25 di detta direttiva, qualora, da una parte, tale esclusione derivi da una normativa nazionale che ha modificato la nozione di «operatore economico» al fine di trasporre detto articolo 25 e, dall'altra, tale normativa nazionale sia entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando di gara di cui trattasi e prima della presentazione delle offerte.

44. Tenuto conto dei fatti di cui al procedimento principale, è opportuno formulare alcune osservazioni sull'ambito di applicazione materiale, temporale e personale della direttiva 2014/24. Infatti, il consorzio potrà invocare i diversi principi del diritto dell'Unione sui quali il giudice del rinvio chiede alla Corte di pronunciarsi soltanto se esso ricade nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

45. Orbene, come sarà dimostrato nel prosieguo, se è vero che l'applicazione *ratione materiae* e *ratione temporis* di tale direttiva solleva effettivamente questioni che, in definitiva, ricadono nella sfera di valutazione del giudice nazionale, così non è per quanto riguarda la sua applicazione *ratione personae*, nei limiti in cui l'articolo 25 della citata direttiva comporta, come conseguenza, il fatto che gli operatori economici di Stati terzi che non sono firmatari degli accordi contemplati da tale disposizione non godano dei diritti previsti dalla direttiva in parola e non possano, pertanto, validamente invocare una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, sanciti dal diritto dell'Unione.

1. Sull'applicazione *ratione materiae*

46. Al pari del governo austriaco e della Commissione, mi sembra possibile che l'appalto pubblico di cui al procedimento principale, che riguarda l'acquisto di unità multiple elettriche destinate al trasporto ferroviario e di servizi di manutenzione e riparazione necessari per la circolazione di tali treni, rientri nell'ambito di applicazione non della direttiva 2014/24, sulla quale il giudice del rinvio chiede alla Corte di pronunciarsi, bensì della direttiva 2014/25.

47. La direttiva 2014/24 si applica alle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici il cui valore stimato è pari o superiore alle soglie stabilite all'articolo 4 di tale direttiva. Ai sensi dell'articolo 7 della medesima direttiva, quest'ultima non si applica, in particolare, agli appalti pubblici che sono aggiudicati o organizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 8 a 14 di detta direttiva e sono aggiudicati per l'esercizio di tali attività. Pertanto, l'ambito di applicazione materiale della direttiva 2014/24 non si estende, in particolare, agli appalti pubblici nel settore dei

servizi di trasporto, come definito all'articolo 11 della direttiva 2014/25 (8). Detto articolo 11, intitolato «Servizi di trasporto», precisa infatti, al suo primo comma, che la direttiva in parola si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di *reti* destinate a fornire un servizio al pubblico, in particolare, nel campo del trasporto ferroviario. Inoltre, ai sensi del secondo comma del suddetto articolo, una *rete* esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

48. Tuttavia, nella presente causa, dalla lettura del fascicolo di cui dispone la Corte non si può determinare in modo conclusivo né, da un lato, se l'amministrazione aggiudicatrice di cui al procedimento principale, nonostante la sua denominazione, fornisca essa stessa servizi di trasporto ai sensi dell'articolo 11 della direttiva 2014/25 (9), né, dall'altro lato, se i convogli elettrici oggetto dell'appalto di cui al procedimento principale saranno gestiti come parte di una rete ai sensi della medesima disposizione(10). Spetterà pertanto al giudice del rinvio, cui compete in via esclusiva la valutazione dei fatti, esaminare tali aspetti e stabilire se l'appalto oggetto del procedimento principale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 o della direttiva 2014/25.

49. Ciò precisato, si deve constatare che l'articolo 25 della direttiva 2014/24, sul quale si chiede alla Corte di pronunciarsi, presenta una formulazione analoga a quella dell'articolo 43 della direttiva 2014/25 e fa sostanzialmente riferimento ai medesimi accordi (11). Pertanto, la mancata individuazione precisa della direttiva applicabile nel procedimento principale non dovrebbe essere tale da impedire alla Corte di rispondere alle questioni sollevate, posto che l'interpretazione accolta in relazione all'articolo 25 della direttiva 2014/24 può essere direttamente trasposta all'articolo 43 della direttiva 2014/25 (12).

2. Sull'applicazione *ratione temporis*

50. Secondo una giurisprudenza costante, la direttiva applicabile a un appalto pubblico è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico (13).

51. A tal riguardo, rilevo che la direttiva 2004/18 è stata abrogata dalla direttiva 2014/24, con effetto dal 18 aprile 2016. L'articolo 90 della direttiva 2014/24 dispone che gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a tale direttiva entro il 18 aprile 2016, fatte salve talune eccezioni (14) che, nel caso di specie, sono prive di rilevanza.

52. Nella presente causa, la pubblicazione del bando di gara è avvenuta il 3 aprile 2020, quasi quattro anni dopo l'abrogazione della direttiva 2004/18 e la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2014/24. Pertanto, per l'ordinamento giuridico dell'Unione, la direttiva in vigore alla data della scelta del tipo di procedura da parte dell'amministrazione aggiudicatrice era la direttiva 2014/24.

53. Tale conclusione non può essere inficiata dal fatto che l'OUG n. 25/2021, che ha trasposto l'articolo 25 della direttiva 2014/24 nel diritto rumeno, è entrata in vigore solo il 5 aprile 2021, vale a dire successivamente all'indizione del bando di gara del 3 aprile 2020 e quasi cinque anni dopo il termine di trasposizione della direttiva 2014/24.

54. Infatti, in primo luogo, da una giurisprudenza costante della Corte, relativa all'applicazione della direttiva 2014/24, risulta che le disposizioni di quest'ultima sono applicabili nel periodo successivo al termine di trasposizione, anche prima della data in cui esse sono state effettivamente trasposte (15). Peraltro, la Corte ha recentemente stabilito che escludere un'offerta da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico prima della data di scadenza del termine per la trasposizione della pertinente direttiva e prima che quest'ultima sia stata integrata nel diritto nazionale sarebbe contrario al principio di certezza del diritto, qualora la decisione contro la quale si lamenta una violazione del diritto dell'Unione sia stata adottata prima di tale data (16). Un'interpretazione a contrario di tale giurisprudenza consente di considerare che la direttiva 2014/24 si applica solo se, quantomeno, essa sia stata trasposta nel diritto nazionale alla data dell'esclusione. Orbene, così è effettivamente avvenuto nel caso di specie. Pertanto, la direttiva 2014/24 era chiaramente applicabile. Ciò vale anche per le norme di trasposizione della direttiva 2014/25 (17).

55. In secondo luogo, occorre rilevare che, indubbiamente, secondo una giurisprudenza costante, una direttiva non può, di per sé, creare obblighi per un privato e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Infatti, estendere l'invocabilità di una disposizione di una direttiva non trasposta, o trasposta erroneamente, all'ambito dei rapporti tra privati equivarrebbe a riconoscere all'Unione il potere di istituire, con effetto immediato, obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti(18). Tuttavia, così non è nel caso di specie.

56. Da un lato, i soggetti di diritto, qualora siano in grado di far valere una direttiva che non è stata trasposta entro il termine impartito non nei confronti di un altro privato, ma di uno Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale quest'ultimo agisce. È opportuno, infatti, evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto dell'Unione. Pertanto, si possono opporre le norme di una direttiva idonee a produrre direttamente effetti non solo a un ente pubblico, ma anche a un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di svolgere, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio d'interesse pubblico e che disponga a tal fine di poteri superiori a quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra privati (19).

57. Nel caso di specie, sembra che la domanda di pronuncia pregiudiziale consenta di concludere che l'ARF ha agito in qualità di pubblica autorità, che soddisfa le condizioni richieste dalla direttiva 2014/24 per essere qualificata come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, di detta direttiva, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare (20). In caso di conferma, all'ARF sarebbe stato possibile opporre allora le disposizioni della direttiva 2014/24, comprese le norme relative al suo ambito di applicazione (analizzate in precedenza). Pertanto, gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui al procedimento principale e che rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima avrebbero potuto invocare l'applicazione della direttiva 2014/24 successivamente alla scadenza del termine impartito per la sua trasposizione, indipendentemente dal fatto che detta direttiva sia stata trasposta solo tardivamente nell'ordinamento rumeno.

58. Dall'altro lato, occorre altresì ricordare che il giudice nazionale è tenuto a interpretare il diritto nazionale, a partire dalla scadenza del termine di trasposizione di una direttiva non recepita, in modo da rendere la situazione di cui trattasi immediatamente compatibile con le disposizioni di tale direttiva, senza tuttavia procedere a un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (21). Orbene, nella presente causa, non può sussistere alcun rischio di una siffatta interpretazione *contra legem*, in quanto, alla data di proposizione del ricorso, vale a dire l'11 novembre 2021, l'OUG n. 25/2021, che ha trasposto la direttiva 2014/24, era già in vigore (22).

3. Sull'applicazione *ratione personae*

59. Per poter invocare i principi del diritto dell'Unione enunciati nelle questioni pregiudiziali sollevate, il consorzio deve imperativamente ricadere nell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva 2014/24. In caso contrario, si dovrebbe concludere che il consorzio non può far valere alcun diritto fondato su tale direttiva nell'ambito della controversia principale. Non essendogli applicabile il diritto dell'Unione, esso non potrebbe neppure invocare i principi generali di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, quali garantiti dal suddetto ordinamento.

60. A tal riguardo, ricordo che la CRRC Qingdao Sifang, società capofila del consorzio, è una società stabilita nella Repubblica Popolare Cinese, la quale non è firmataria degli accordi di cui all'articolo 25 della direttiva 2014/24. Per rispondere alle questioni sollevate, occorre quindi determinare, anzitutto, se una società stabilita in tale Stato rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* di detta direttiva (23).

61. A tale proposito occorre esaminare l'articolo 1 della direttiva 2014/24, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», che si limita ad affermare che detta direttiva «stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici» e a illustrare la nozione di «appalto» ai sensi di tale direttiva, come configurabile quando «una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi *da*

operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse» (24). L'ambito di applicazione dipende quindi, in parte, dalla definizione della nozione di «operatore economico». Orbene, conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, della medesima direttiva, rientra nell'ambito di tale nozione «una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

62. Sulla base di tale definizione, che non esclude formalmente dalla nozione di «operatore economico» le persone fisiche o giuridiche stabilite nei paesi terzi, si potrebbe sostenere che, in linea di principio, *qualsiasi* operatore economico di un paese terzo ricada nella sfera di applicazione della direttiva 2014/24. È proprio questa la tesi sostenuta dal consorzio al fine di invocare l'applicazione del diritto dell'Unione e dei diritti procedurali.

63. Non posso tuttavia aderire a siffatta posizione. Infatti, alla stregua dell'ARF, del governo austriaco e della Commissione, ritengo che, in linea di principio, gli operatori economici stabiliti nei paesi terzi non rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24, ad eccezione di quelli stabiliti in paesi terzi firmatari degli accordi di cui all'articolo 25 di tale direttiva. Occorre quindi interpretare quest'ultima disposizione.

64. Secondo una giurisprudenza costante, nell'interpretare una disposizione del diritto dell'Unione si deve tener conto non solo del tenore letterale della stessa, ma anche degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte, nonché della genesi legislativa di tale normativa (25).

a) Sull'interpretazione testuale

65. In primo luogo, per quanto riguarda il *tenore letterale* dell'articolo 25 della direttiva 2014/24 (26), tale disposizione stabilisce che gli operatori economici di paesi terzi, firmatari degli accordi che consentono di accedere agli appalti pubblici dell'Unione, devono ricevere un trattamento «non meno favorevole» di quello concesso agli operatori economici degli Stati membri. In altri termini, solo le imprese dei paesi terzi con cui l'Unione ha firmato accordi internazionali vincolanti o accordi bilaterali di libero scambio che si estendono agli appalti pubblici godono di un accesso privilegiato agli appalti pubblici dell'Unione. A contrario, se ne dovrebbe dedurre che gli Stati membri godano della facoltà di riservare un trattamento meno favorevole agli operatori economici dei paesi terzi *non firmatari* di siffatti accordi e che, pertanto, le imprese di paesi terzi che non aderiscono a un accordo in materia non possano rivendicare un accesso privilegiato agli appalti pubblici dell'Unione. Una qualunque altra interpretazione svuoterebbe di significato la distinzione tra gli Stati *firmatari* e gli Stati *non firmatari*.

66. Orbene, il principio della parità di trattamento degli operatori economici costituisce il nucleo delle direttive sugli appalti pubblici attorno al quale si articola la quasi totalità delle loro disposizioni. Pertanto, se un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro ha la facoltà di riservare un trattamento meno favorevole a un operatore economico di un paese terzo, ad esempio escludendo la sua offerta a favore di quella di un'impresa nazionale, mi sembra difficile sostenere che tali operatori rientrino ancora, in un certo senso pro forma, nell'ambito di applicazione delle direttive 2014/24 e 2014/25. In altre parole, la facoltà, per gli Stati membri, di riservare un trattamento meno favorevole agli operatori economici di determinati paesi terzi mi pare rivelare che questi ultimi non possono rientrare nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici.

67. Tale interpretazione letterale è peraltro corroborata dal considerando 10 del regolamento IPI (27) il quale, sebbene successivo all'adozione delle direttive 2014/24 e 2014/25 e inapplicabile *ratione temporis* alla controversia di cui al procedimento principale, dispone espressamente che «gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che preveda l'apertura del mercato degli appalti dell'Unione o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'Unione e possono essere esclusi».

b) Sull'interpretazione contestuale

68. In secondo luogo, quest'interpretazione è avvalorata dal *contesto* delle disposizioni pertinenti.

69. A questo proposito, occorre anzitutto rilevare che la base giuridica della direttiva 2014/24 è costituita dall'articolo 53, paragrafo 1, nonché dagli articoli 62 e 114 TFUE. Tali disposizioni riguardano, rispettivamente, il diritto di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e l'adozione di misure di ravvicinamento delle disposizioni legislative e amministrative degli Stati membri aventi per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Orbene, secondo una giurisprudenza costante, le libertà summenzionate non sono applicabili ai servizi e alle società originari dei paesi terzi (28). Pertanto, dalla base giuridica della direttiva 2014/24 si potrebbe dedurre che quest'ultima non si applichi agli operatori economici dei paesi terzi – salvo nell'ambito dell'eccezione stabilita al suo articolo 25.

70. Inoltre, l'articolo 19, paragrafo 1, primo comma (29), e l'articolo 58, paragrafo 2, primo comma (30), di tale direttiva muovono dal presupposto che gli «operatori economici», ai sensi di detta direttiva, siano stabiliti in uno Stato membro.

71. Infine, è il fatto stesso che la direttiva 2014/24 non si applichi in linea di principio agli operatori economici dei paesi terzi che spiega, a mio parere, la necessità di includere in tale direttiva la disposizione contenuta all'articolo 25 della stessa, al fine di adeguare il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici agli obblighi di apertura assunti dall'Unione nell'ambito di accordi internazionali.

c) Sull'interpretazione teleologica

72. In terzo luogo, la tesi dell'esclusione sembra parimenti avvalorata dall'*interpretazione teleologica* dell'articolo 25 della direttiva 2014/24. Dai considerando 17 e 98 di quest'ultima e dalla comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019 (31) risulta infatti che tale esclusione riflette la strategia della reciprocità attuata dall'Unione nell'ambito della politica commerciale comune e, in particolare, nei suoi rapporti con la Repubblica Popolare Cinese. Si afferma infatti espressamente in detta comunicazione che, oltre all'obbligo di cui all'articolo 25 della direttiva 2014/24 (e di cui all'articolo 43 della direttiva 2014/25), gli operatori economici di paesi terzi non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'Unione e possono esserne «esclusi».

73. Tale strategia della reciprocità consiste, più in particolare, nel negoziare un accesso delle imprese dell'Unione ai mercati degli appalti pubblici dei paesi terzi *in cambio* di un accesso delle imprese di tali paesi ai mercati degli appalti pubblici dell'Unione (32). Orbene, è evidente che siffatta strategia diventerebbe, in pratica, impossibile da attuare se le direttive sugli appalti pubblici dovessero essere interpretate nel senso che gli operatori economici di qualsiasi paese terzo godono di un diritto effettivo di partecipare agli appalti pubblici dell'Unione.

74. Tenuto conto delle suesposte considerazioni, ritengo che gli operatori economici di Stati terzi che non sono firmatari di un accordo di cui all'articolo 25 della direttiva 2014/24 e di cui all'articolo 43 della direttiva 2014/25, come la Repubblica Popolare Cinese, non rientrino nell'ambito di applicazione *ratione personae* di tali direttive e non godano dei diritti previsti da dette direttive. Pertanto, essi non possono validamente invocare una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, sanciti dal diritto dell'Unione. La sola possibilità, per un siffatto operatore economico, di poter invocare diritti del genere ricavati da tale direttiva consiste nel lamentare il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro abbia commesso un errore, considerando che questo Stato terzo non sia firmatario di uno degli accordi di cui all'articolo 25 di detta direttiva, o che la procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi non rientri nell'ambito dell'accordo in materia, eventualità che manifestamente non si verifica nel caso di specie. Ad ogni modo, essendo giunti alla conclusione che la direttiva 2014/24 è inapplicabile al caso di specie, non occorre rispondere alle due questioni che presuppongono la sua applicazione.

75. Infine, e in via ultronea, occorre ricordare che qualunque invocazione, da parte del consorzio, nei confronti dell'ARF, dei principi, segnatamente, di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento applicati al comportamento dell'ARF, dovrebbe fondarsi sul diritto nazionale.

V. Conclusione

76. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere come segue alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Curtea de Apel București (Corte d'appello, Bucarest, Romania):

L'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, l'articolo 18, paragrafo 1, l'articolo 25 e l'articolo 49 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2019/1828 della Commissione, del 30 ottobre 2019,

devono essere interpretati nel senso che:

gli operatori economici di Stati terzi che non sono firmatari degli accordi di cui all'articolo 25 della suddetta direttiva non godono dei diritti previsti dalla medesima direttiva e non possono quindi validamente invocare una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, sanciti dal diritto dell'Unione.

1 Lingua originale: il francese.

2 GU 2014, L 94, pag. 65.

3 GU 2019, L 279, pag. 25.

4 GU 2019, C 271, pag. 43.

5 Vale a dire, l'individuazione della pertinente disposizione transitoria dell'OUG n. 25/2021, gli elementi che definiscono la nascita del rapporto giuridico tra il consorzio e l'ARF e quelli che hanno condotto all'esclusione dell'offerente, nonché il momento in cui il consorzio è effettivamente venuto a conoscenza della norma asseritamente nuova.

6 Sentenze del 16 giugno 2015, Gauweiler e a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punto 24 e giurisprudenza ivi citata), e del 12 gennaio 2023, DOBELES HES (C-702/20 e C-17/21, EU:C:2023:1, punto 46).

7 Sentenze del 24 novembre 2020, Openbaar Ministerie (Falso in atti) (C-510/19, EU:C:2020:953, punto 26 e giurisprudenza ivi citata), e del 21 marzo 2023, Mercedes-Benz Group (Responsabilità dei costruttori di veicoli dotati di impianti di manipolazione) (C-100/21, EU:C:2023:229, punto 53).

8 Sentenza del 1° agosto 2022, Roma Multiservizi e Rekeep (C-332/20, EU:C:2022:610, punto 64).

9 V., a tal riguardo, conclusioni dell'avvocato generale Sharpston nella causa Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, paragrafo 21).

10 Sul concetto di «gestione», v., per analogia, sentenze del 28 febbraio 2019, SJ (C-388/17, EU:C:2019:161, punto 49), e del 28 ottobre 2020, Pegaso e Sistemi di Sicurezza (C-521/18, EU:C:2020:867, punti 49 e segg.).

11 Mentre la direttiva 2014/24 fa riferimento agli allegati 1, 2, 4 e 5 all'appendice I dell'AAP, la direttiva 2014/25 fa riferimento agli allegati 3, 4 e 5 alla medesima appendice dell'AAP. In quest'appendice

compaiono gli elenchi delle Parti relative all'ambito d'applicazione dell'AAP, che ne costituiscono parte integrante.

12 V., per analogia, sentenze del 10 novembre 2011, Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punto 39), e del 20 settembre 2018, Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, punto 44).

13 V., in particolare, sentenze del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 31), e del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, punto 31).

14 V., nel medesimo senso, articolo 106, paragrafo 1, della direttiva 2014/25.

15 V., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punti da 30 a 33), del 20 settembre 2018, Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, punti 42 e 43), del 19 dicembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust e Coopservice (C-216/17, EU:C:2018:1034, punti 45 e 46), e del 27 novembre 2019, Tedeschi e Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, EU:C:2019:1023, punti da 29 a 31).

16 V., per analogia, sentenze del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punti 28 e 29), e del 19 gennaio 2023, CNAE e a. (C-292/21, EU:C:2023:32, punti da 48 a 50).

17 V. articolo 106, paragrafo 1, della direttiva 2014/25.

18 V. sentenze del 7 agosto 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punto 42 e giurisprudenza ivi citata), e del 22 giugno 2022, Volvo e DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, punto 76 nonché giurisprudenza ivi citata). V., altresì, ordinanza del 6 marzo 2023, Deutsche Bank (Intesa – Derivati sui tassi di interesse in euro) (C-198/22 e C-199/22, non pubblicata, EU:C:2023:166, punti 70 e 71).

19 V., in tal senso, sentenza del 7 luglio 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530, punti 21 e 22, e giurisprudenza ivi citata).

20 V., per analogia, sentenza del 7 luglio 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530, punto 23).

21 Ordinanza del 6 marzo 2023, Deutsche Bank (Intesa – Derivati sui tassi di interesse in euro) (C-198/22 e C-199/22, non pubblicata, EU:C:2023:166, punto 71), e sentenza del 22 giugno 2022, Volvo e DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, punto 77 e giurisprudenza ivi citata). V., in tal senso, sentenza del 17 ottobre 2018, Klohn (C-167/17, EU:C:2018:833, punti 45 e 65).

22 V. articolo V dell'OUG n. 25/2021.

23 La questione dell'applicabilità di tale direttiva agli operatori dei paesi terzi mi sembra possa porsi non solo per gli operatori stabiliti in un paese terzo che *non* ha firmato uno degli accordi di cui all'articolo 25 della direttiva 2014/24 (come nel procedimento principale), ma anche per gli operatori stabiliti in un paese terzo che *abbia effettivamente* firmato un siffatto (o siffatti) accordo/i, quando le procedure di appalto non sono contemplate dall'accordo o dagli accordi pertinente/i. Tale interpretazione è stata accolta al considerando 10 del regolamento (UE) 2022/1031 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2022, relativo all'accesso di operatori economici, beni e servizi di paesi terzi ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dell'Unione e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di operatori economici, beni e servizi dell'Unione ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dei paesi terzi (strumento per gli appalti internazionali – IPI) (GU 2022, L 173, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento IPI»). Ciò precisato, questa seconda situazione è irrilevante nell'ambito del procedimento principale.

24 Il corsivo è mio.

25 Sentenza del 15 novembre 2018, Verbraucherzentrale Baden-Württemberg (C-330/17, EU:C:2018:916, punto 23).

26 Articolo 43 della direttiva 2014/25.

27 V. nota 23.

28 V., per quanto riguarda la libera circolazione dei servizi, sentenza del 3 ottobre 2006, Fidium Finanz (C-452/04, EU:C:2006:631, punti 25 e 50). Per quanto riguarda la libertà di stabilimento, v. sentenza del 1° aprile 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punto 39).

29 Secondo detta disposizione, «gli operatori economici che, in base alla normativa *dello Stato membro nel quale sono stabiliti*, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche» (il corsivo è mio).

30 Ai sensi di detta disposizione, «per quanto riguarda l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici siano iscritti in un registro professionale o commerciale, tenuto *nel loro Stato membro di stabilimento*, come descritto nell'allegato XI, o soddisfino qualsiasi altro requisito previsto in tale allegato» (il corsivo è mio).

31 V. paragrafo 16 delle presenti conclusioni.

32 La comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019 precisa, tra l'altro, quanto segue:

«L'UE dovrebbe continuare a invocare condizioni più bilanciate e *reciproche* nei suoi rapporti commerciali. Gli appalti pubblici, che rappresentano una quota pari a circa il 14% del prodotto interno lordo dell'UE, sono un elemento importante a tal riguardo. (...)

L'UE persegue attivamente l'apertura delle opportunità di appalto alle società europee auspicando l'apertura *reciproca* dei mercati degli appalti dei paesi terzi. Nei negoziati internazionali, l'UE ha sostenuto una più ampia adozione dei criteri di qualità, inclusi gli aspetti ambientali, sociali, lavorativi e di innovazione e un'apertura ambiziosa dei mercati degli appalti internazionali» (il corsivo è mio).