

SENTENZA DELLA CORTE (Ottava Sezione)

6 dicembre 2017 (1)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Ambito di applicazione – Regolamento (CE) n. 1083/2006 – Fondo europeo di sviluppo regionale, Fondo sociale europeo e Fondo di coesione – Contratto di finanziamento per la costruzione di un’autostrada stipulato con la Banca europea per gli investimenti prima dell’adesione dello Stato membro all’Unione europea – Nozione di “irregolarità” ai sensi del regolamento n. 1083/2006»

Nella causa C-408/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla Curtea de Apel Bucuresti (Corte d’appello di Bucarest, Romania), con decisione del 20 maggio 2016, pervenuta in cancelleria il 21 luglio 2016, nel procedimento

Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, in precedenza Compania Nationala de Autostrazi si Drumuri Nationale din România SA,

contro

Ministerul Fondurilor Europene – Direc?ia Generala Managementul Fondurilor Externe,

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta da J. Malenovský, presidente di sezione, D. Šváby (relatore) e M. Vilaras, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, da C. Homor, A. Docu, R. Simionescu, I.L. Axente, N.C. Margarit, A. Filipescu, H. Nicolae e M. Curculescu;
- per il Ministerul Fondurilor Europene – Directia Generala Managementul Fondurilor Externe, da D.C. Dinu, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da B.-R. Killmann, A. Tokár e L. Nicolae, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 15 della direttiva 2004/18/CE 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 2004, L 134, pag. 114), nonché dell'articolo 2, punto 7, dell'articolo 9, paragrafo 5, e dell'articolo 60, lettera a), del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione, e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999 (GU 2006, L 210, pag. 25).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, già Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (in prosieguo: la «CNADNR»), e, dall'altro, il Ministerul Fondurilor Europene Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe (Ministero per i fondi europei - Direzione generale gestione dei fondi esteri, Romania) relativamente a una decisione dell'Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial «Transport» (Autorità di gestione per il programma operativo settoriale «Transport», Romania; in prosieguo: l'«AMPOST»), che imponeva una rettifica finanziaria per una violazione della direttiva 2004/18 nell'ambito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico vertente su lavori cofinanziati, inizialmente dalla Banca europea per gli investimenti (BEI), poi integralmente e retrospettivamente dall'Unione europea a titolo del Fondo europeo di sviluppo regionale («FESR») e del Fondo di coesione.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Il protocollo di adesione

3 L'articolo 2 del protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea (GU 2005, L 157, pag. 29; in prosieguo: il «protocollo di adesione»), così dispone:

«Dalla data di adesione (...) [gli] atti adottati dalle istituzioni prima dell'adesione vincolano la Bulgaria e la Romania e si applicano in tali Stati alle condizioni previste [dal trattato che adotta una Costituzione per l'Europa], dal trattato CEEA e dal presente protocollo».

4 La quarta parte di tale protocollo, intitolata «Disposizioni temporanee», contiene un titolo III dedicato alle «Disposizioni finanziarie», il quale prevede un articolo 27, il cui paragrafo 2 è così formulato:

«Gli impegni di bilancio globali stabiliti prima dell'adesione in base agli strumenti finanziari di preadesione di cui al paragrafo 1 e allo strumento di transizione di cui all'articolo 31 successivamente all'adesione, comprese la conclusione e la registrazione di singoli impegni giuridici e pagamenti successivi effettuati dopo l'adesione, continuano ad essere disciplinati dalle norme e dalle regole degli strumenti finanziari di preadesione e ad essere imputati ai capitoli di bilancio corrispondenti fino alla chiusura dei programmi e progetti in questione. In deroga a quanto precede, le procedure relative ad appalti pubblici avviate dopo l'adesione sono espletate in conformità delle pertinenti disposizioni dell'Unione».

5 La quinta parte di tale protocollo, intitolata «Disposizioni di applicazione del presente protocollo», contiene un titolo II, intitolato «Applicabilità degli atti delle istituzioni» che include l'articolo 53, il quale, al paragrafo 1, prevede quanto segue:

«La Bulgaria e la Romania mettono in vigore le misure necessarie per conformarsi, dalla data di adesione, alle disposizioni delle leggi quadro europee e dei regolamenti europei vincolanti per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi, ai sensi dell'articolo I-33 [del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa], nonché delle direttive e decisioni di cui all'articolo 249 [CE] e all'articolo 161 del trattato CEEA, a meno che un altro termine non sia previsto dal presente protocollo. Esse comunicano tali misure alla Commissione al più tardi entro la data di adesione o, se del caso, entro il termine previsto dal presente protocollo».

La direttiva 2004/18

6 Il considerando 22 della direttiva 2004/18 così recita:

«È opportuno prevedere i casi nei quali le misure di coordinamento delle procedure possono non essere applicate (...) a causa dell'applicabilità di particolari norme di aggiudicazione degli appalti (...) proprie delle organizzazioni internazionali».

7 L'articolo 15 di tale direttiva, intitolato «Appalti aggiudicati in base a norme internazionali», prevede quanto segue:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici disciplinati da norme procedurali differenti e aggiudicati in base:

(...)

c) alla particolare procedura di un'organizzazione internazionale».

Il regolamento n. 1083/2006

8 Il considerando 22 del regolamento n. 1083/2006 così recita:

«Le attività dei Fondi e le operazioni che essi contribuiscono a finanziare dovrebbero essere coerenti con le altre politiche della Comunità e rispettare la normativa comunitaria».

9 L'articolo 2 di tale regolamento è così formulato:

«Ai sensi del presente regolamento si intende per:

(...)

7) “irregolarità”: qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o un'omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale delle Comunità europee mediante l'imputazione di spese indebite al bilancio generale».

10 L'articolo 9, paragrafo 5, di tale regolamento prevede quanto segue:

«Le operazioni finanziate dai Fondi sono conformi alle disposizioni del trattato e degli atti adottati in virtù di esso».

11 Nella sezione 2 del capo II del titolo III del regolamento n. 1083/2006, intitolato «Grandi progetti», l'articolo 39 di tale regolamento è così formulato:

«Nell'ambito di un programma operativo, il FESR e il Fondo di coesione possono finanziare spese connesse a un'operazione comprendente una serie di lavori, attività o servizi in sé intesa a realizzare un'azione indivisibile di precisa natura tecnica o economica, che ha finalità chiaramente identificate e il cui costo complessivo supera i 25 milioni di EUR nel caso dell'ambiente e i 50 milioni di EUR negli altri settori (in appresso denominata "grandi progetti")».

12 L'articolo 41 di tale regolamento, intitolato «Decisione della Commissione», così recita:

«1. La Commissione valuta il grande progetto, se necessario facendo appello a consulenti esterni, compresa la BEI, sulla base degli elementi di cui all'articolo 40, della coerenza con le priorità del programma operativo, del contributo che esso apporta al conseguimento degli scopi di tali priorità e della coerenza con le altre politiche comunitarie.

2. La Commissione adotta una decisione nel più breve termine possibile e comunque non oltre tre mesi dalla presentazione, da parte dello Stato membro o dell'autorità di gestione, di un grande progetto, purché la presentazione sia conforme all'articolo 40. Detta decisione riporta l'oggetto fisico, l'importo cui si applica il tasso di cofinanziamento dell'asse prioritario e il piano annuale della partecipazione finanziaria del FESR o del Fondo di coesione.

3. Se rifiuta di concedere un contributo finanziario dei Fondi a un grande progetto, la Commissione ne comunica i motivi allo Stato membro entro il periodo e alle condizioni di cui al paragrafo 2».

13 L'articolo 60 del regolamento n. 1083/2006 è così formulato:

«L'autorità di gestione è responsabile della gestione e attuazione del programma operativo conformemente al principio della sana gestione finanziaria. In particolare, essa è tenuta a:

a) garantire che le operazioni destinate a beneficiare di un finanziamento siano selezionate conformemente ai criteri applicabili al programma operativo e siano conformi alle norme comunitarie e nazionali applicabili per l'intero periodo di attuazione;

(...)».

14 L'articolo 98, paragrafo 2, di tale regolamento prevede quanto segue:

«Lo Stato membro procede alle rettifiche finanziarie necessarie in relazione alle irregolarità isolate o del sistema individuate nell'ambito di operazioni o programmi operativi. Le rettifiche dello Stato membro consistono in una soppressione totale o parziale del contributo pubblico del programma operativo. Lo Stato membro tiene conto della natura e della gravità delle irregolarità e della perdita finanziaria che ne risulta per i Fondi.

I Fondi comunitari così svincolati possono essere riutilizzati dallo Stato membro entro il 31 dicembre 2015 per il programma operativo interessato, secondo quanto disposto al paragrafo 3».

La guida della BEI

15 La BEI dispone di una «Guida all'aggiudicazione degli appalti per i progetti finanziati dalla BEI». Tale guida, nella sua versione del 2004 (in prosieguo: la «guida della BEI») è intesa a informare i promotori di progetti i cui appalti sono finanziati, in tutto o in parte, dalla BEI sulle modalità da osservare per aggiudicare gli appalti di lavori, forniture e servizi necessari al progetto interessato e che beneficiano di un finanziamento concesso dalla BEI. Essa è articolata in tre capi e separa le norme alla base delle operazioni effettuate all'interno dell'Unione, che sono oggetto del capo 2, dalle norme che disciplinano le operazioni effettuate all'esterno dell'Unione, riportate al capo 3. Al capo 3 della guida della BEI si precisa che «i paesi [candidati] (...) integrano progressivamente le direttive [dell'Unione] nella loro legislazione. In [detta] guida, tali paesi rientrano nell'ambito delle disposizioni di cui al capo 3, “Operazioni all'esterno dell'Unione (...)”, fino alla data in cui si sono impegnati, durante le rispettive negoziazioni con la Commissione, ad applicare le direttive [europee] relative all'aggiudicazione degli appalti nei limiti in cui hanno effettivamente trasposto a tale data le direttive in parola nel loro diritto nazionale. In quel momento, le disposizioni del capo 2 “Operazioni all'interno dell'Unione” diventano applicabili nei loro confronti».

Diritto rumeno

L' OUG n. 34/2006

16 La direttiva 2004/18 è stata trasposta nel diritto rumeno mediante l'Ordonan?a de urgenta a Guvernului nr. 34/2006 din 19 aprilie 2006 privind atribuirea contractelor de achizitie publica, a contractelor de concesiune de lucrari publice si a contractelor de concesiune de servicii (decreto legge n. 34/2006 sull'aggiudicazione dei contratti di appalti pubblici, dei contratti di concessione di lavori pubblici e dei contratti di concessione di servizi, Monitorul Oficial al României, Partea I, n. 418 del 15 maggio 2006; in prosieguo l' «OUG n. 34/2006»). L' articolo 14, paragrafo 1, di tale decreto legge prevede quanto segue:

«Il presente decreto legge non si applica qualora l'appalto pubblico sia aggiudicato a seguito di:

(...)

c) applicazione di una procedura specifica di organismi o istituzioni internazionali;

(...).».

L' OUG n. 72/2007

17 L' Ordonanta de urgenta a Guvernului nr. 72/2007 din 28 iunie 2007 privind unele masuri derogatorii de la OUG nr. 34/2006 (decreto legge n. 72/2007, del 28 giugno 2007, relativo a misure di deroga all' OUG n. 34/2006, Monitorul Oficial al României, Partea I, n. 441 del 29 giugno 2007; in prosieguo: l' «OUG n. 72/2007»), contiene un solo articolo ai sensi del quale:

«In deroga alle disposizioni dell' [OUG n. 34/2006], (...) per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – (...), prestito BEI VI, firmato nel dicembre 2006, autostrada Arad Timi?oara Lugoj (...) [la CNADNR] continuerà ad applicare le disposizioni della guida della [BEI], capo 3; (...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

18 Il progetto di costruzione dell'autostrada Arad-Timisoara-Lugoj è stato oggetto inizialmente di un contratto di finanziamento stipulato il 23 dicembre 2003 tra la Romania, la BEI e l'amministrazione aggiudicatrice dell'appalto di lavori di cui al procedimento principale, la CNADNR.

19 Sulla base di tale contratto è stata stipulata, il 2 dicembre 2004, una convenzione di prestito per il finanziamento della costruzione di diversi tratti di autostrada, fra dette medesime parti. La convenzione in parola prevede che «la CNADNR rispetta le procedure della BEI riguardanti l'acquisto di beni, l'assicurazione dei servizi e l'avvio dei lavori necessari per i progetti, [che essa] negozia e stipula i contratti conformemente alle disposizioni [di tale contratto di finanziamento]», ossia «mediante gare d'appalto internazionali aperte ai candidati di tutti i paesi».

20 Nell'ambito di tale convenzione di prestito e per organizzare l'aggiudicazione dell'appalto pubblico di lavori di costruzione dell'autostrada Arad-Timisoara-Lugoj, la CNADNR ha aggiudicato un contratto, il 28 febbraio 2006, al fine di disporre dei servizi di consulenza necessari all'elaborazione del fascicolo di aggiudicazione dell'appalto in parola. Poiché la Romania non era ancora membro dell'Unione, il fascicolo di aggiudicazione del menzionato appalto è stato elaborato conformemente al capo 3 della guida della BEI, intitolato «Operazioni all'esterno dell'Unione [...]».

21 Dalla decisione di rinvio emerge, da un lato, che la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di lavori di costruzione dell'autostrada Arad-Timisoara-Lugoj è iniziata il 17 luglio 2007, sotto forma di una gara d'appalto ristretta con preselezione mediante pubblicazione del bando di preselezione e, dall'altro, che tale appalto è stato aggiudicato il 15 dicembre 2008.

22 Il 27 ottobre 2009 la Romania ha chiesto alla Commissione che il progetto di costruzione dell'autostrada Arad-Timisoara-Lugoj beneficiasse nell'ambito del programma operativo settoriale «Transport 2007-2013» di un finanziamento retrospettivo a titolo del FESR e del Fondo di coesione in quanto «grande progetto», ai sensi dell'articolo 39 del regolamento n. 1083/2006.

23 Con due decisioni successive, adottate rispettivamente nel 2010 e nel 2014, la Commissione ha approvato il finanziamento integrale di tale progetto a titolo del FESR e del Fondo di coesione. Un contratto di finanziamento ha così modificato la fonte del finanziamento del medesimo progetto di modo che quest'ultimo beneficia ormai di fondi europei non rimborsabili in base al programma operativo settoriale «Transport 2007-2013».

24 Per rimborsare le spese sostenute dall'amministrazione aggiudicatrice e prendendo in considerazione le raccomandazioni della Commissione riguardanti il rispetto della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici in caso di finanziamento retrospettivo di progetti, l'AMPOST ha controllato il fascicolo di aggiudicazione dell'appalto di lavori di cui al procedimento principale. All'esito di tale controllo, la suddetta autorità ha constatato irregolarità mediante una nota del 29 giugno 2015 e ha imposto, con decisione del 24 agosto 2015, una rettifica finanziaria del 10% del valore delle spese ammissibili dell'appalto di lavori concluso il 15 dicembre 2008.

25 L'AMPOST ha motivato tale rettifica finanziaria rammentando che, innanzitutto, per destinare un finanziamento europeo non rimborsabile a un'operazione, la Commissione esige che siano rispettate le disposizioni delle direttive in materia di appalti pubblici in vigore alla data di pubblicazione dell'invito a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto interessato. Al riguardo, l'autorità in parola ha ritenuto che la direttiva 2004/18 fosse applicabile alla procedura di aggiudicazione dell'appalto di lavori di cui al procedimento principale poiché quest'ultima è iniziata soltanto dopo l'adesione della Romania all'Unione. In seguito, l'AMPOST ha rilevato che

tre criteri di preselezione previsti da tale appalto risultavano più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18, ossia, in primo luogo, un criterio relativo alla situazione personale del candidato e, segnatamente, agli antecedenti di non esecuzione di appalti che violerebbe gli articoli 44 e 45 della direttiva 2004/18, in secondo luogo, un criterio relativo alla situazione finanziaria del candidato che sarebbe contrario all'articolo 47 della menzionata direttiva e, in terzo luogo, un criterio relativo all'esperienza del candidato, che non rispetterebbe l'articolo 48 di detta direttiva. Infine, l'AMPOST ha, tuttavia, rilevato che l'utilizzo di tali criteri era stato autorizzato in forza del diritto nazionale, ossia dell'OUG n. 72/2007, che derogava espressamente all'OUG n. 34/2006, decreto legge che ha trasposto la direttiva 2004/18.

26 La CNADNR ha presentato, dinanzi al giudice del rinvio, un ricorso diretto all'annullamento della decisione dell'AMPOST del 24 agosto 2015 nonché della nota di constatazione d'irregolarità e di determinazione di rettifiche finanziarie del 29 giugno 2015, emessa con riferimento al progetto di costruzione dell'autostrada Arad-Timisoara-Lugoj.

27 A sostegno del ricorso la CNADNR deduce che la rettifica finanziaria del 10% del valore delle spese ammissibili dell'appalto di lavori di costruzione dell'autostrada Arad-Timisoara-Lugoj sarebbe fondata su un'interpretazione errata delle disposizioni dell'OUG n. 34/2006, dell'OUG n. 72/2007 e della direttiva 2004/18. La CNADNR sostiene che non si poteva contestare all'amministrazione aggiudicatrice di aver stabilito criteri di preselezione illegittimi o restrittivi rispetto a tale direttiva, nei limiti in cui, fin dall'inizio, l'aggiudicazione dell'appalto in parola era stata realizzata conformemente al capo 3 della guida della BEI.

28 Il Ministero per i fondi europei – direzione generale di gestione dei fondi esteri sostiene che i controlli sono stati realizzati dall'AMPOST conformemente alla direttiva 2004/18, precisamente in quanto la procedura di aggiudicazione dell'appalto interessato derogava all'applicazione dell'OUG n. 34/2006. Infatti, tenuto conto della modifica della fonte di finanziamento, dato che l'operazione era ormai finanziata dal Fondo di coesione nell'ambito del programma operativo settoriale «Transport 2007-2013», detta autorità doveva garantire che l'aggiudicazione di tale appalto rispettasse le disposizioni del diritto dell'Unione e, in particolare, le norme in materia di appalti pubblici.

29 Il giudice del rinvio s'interroga, in primo luogo, sulla normativa applicabile *ratione temporis* e prende in considerazione, al riguardo, non solo l'articolo 27 del protocollo di adesione, il quale concerne gli impegni di bilancio stabiliti dagli Stati membri interessati prima della loro adesione all'Unione, ma altresì l'articolo 53 del protocollo in parola, che prevede l'entrata in vigore immediata, a partire dalla data di adesione di tali Stati membri all'Unione, delle norme di diritto derivato.

30 In secondo luogo, il giudice del rinvio si chiede se è possibile interpretare l'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18, ai sensi del quale tale direttiva non si applica agli appalti pubblici disciplinati da norme procedurali differenti e aggiudicati in forza della particolare procedura di un'organizzazione internazionale, nel senso che autorizzerebbe uno Stato membro a non applicare, dopo la sua adesione all'Unione, la direttiva in parola, nei limiti in cui è vincolato da un contratto di finanziamento stipulato con la BEI prima della sua adesione all'Unione e in forza del quale le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici rispettano criteri specifici più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla menzionata direttiva.

31 Il giudice del rinvio si chiede altresì se la direttiva 2004/18 osti a un atto normativo di diritto nazionale adottato dallo Stato membro interessato successivamente alla sua adesione all'Unione e

che impone all'amministrazione aggiudicatrice di osservare la guida della BEI mediante deroga all'atto normativo che traspone tale direttiva.

32 Al riguardo, il giudice del rinvio ritiene che, dopo l'adesione all'Unione, uno Stato candidato che ha beneficiato di un finanziamento durante la durata dei negoziati non sia più soggetto al capo 3 della guida della BEI relativo alle operazioni esterne, ma sia ormai soggetto al capo 2 della medesima guida, intitolato «Operazioni all'interno dell'Unione europea», il che confermerebbe che la direttiva 2004/18 è effettivamente applicabile.

33 In terzo luogo, nei limiti in cui l'AMPOST ha rilevato che alcuni criteri di preselezione previsti dall'appalto di lavori di cui al procedimento principale erano più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18, il giudice del rinvio si chiede, in tale contesto, se un appalto siffatto possa essere considerato conforme alla normativa dell'Unione e ammissibile a un finanziamento europeo non rimborsabile concesso retrospettivamente.

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

1) Se l'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso consente a uno Stato membro di non applicare, successivamente alla sua adesione all'Unione [...], la direttiva in discussione, qualora benefici di un contratto di finanziamento concluso con la [BEI], firmato prima dell'adesione, in base al quale agli appalti pubblici che saranno aggiudicati si applicano requisiti specifici imposti dal finanziatore, come quelli della presente causa, che sono più restrittivi di quelli consentiti dalla direttiva.

2) Se la direttiva 2004/18 debba essere interpretata nel senso che essa osta all'esistenza, nel diritto nazionale, di un atto normativo, come l'[OUG] n. 72/2007, che prevede l'applicazione delle disposizioni della [guida della BEI], in deroga alle disposizioni dell'atto normativo con cui è stata trasposta nel diritto nazionale tale direttiva, nel caso di specie l'[OUG] n. 34/2006, per motivi quali quelli indicati nella relazione di accompagnamento [relativa a tale primo decreto legge], per conformarsi al contratto di finanziamento concluso prima dell'adesione.

3) Se nell'interpretare l'articolo 9, paragrafo 5, e l'articolo 60, lettera a), del regolamento n. 1083/2006, un tale appalto pubblico concluso conformemente alla [guida della BEI] e al diritto interno, possa essere considerato conforme alla legislazione dell'Unione e ammissibile a una sovvenzione europea non rimborsabile, concessa retroattivamente.

4) In caso di risposta negativa alla questione precedente, qualora un tale appalto pubblico sia stato cionondimeno dichiarato conforme al momento della verifica dei requisiti di qualificazione del programma operativo settoriale «Trasporto 2007-2013», se una siffatta presunta violazione delle norme del diritto dell'Unione relative agli appalti pubblici (determinazione di taluni criteri di preselezione degli offerenti di natura analoga a quelli della [guida della BEI], più restrittivi rispetto a quelli della direttiva [2004/18]) costituisca una «irregolarità» ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, che fa sorgere l'obbligo dello Stato membro in discussione di procedere a una rettifica finanziaria/riduzione percentuale in base all'articolo 98, paragrafo 2, del summenzionato regolamento».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

35 Per rispondere alle questioni sollevate si deve verificare, in via preliminare, se la direttiva 2004/18 si applichi effettivamente *ratione temporis* giacché determinati fatti invocati dal giudice del rinvio sono avvenuti prima dell'adesione della Romania all'Unione. Invero, dall'articolo 2 del protocollo di adesione risulta che gli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione prima di tale adesione vincolano la Romania e si applicano in detto Stato, alle condizioni previste dai Trattati e dal menzionato protocollo, dal giorno dell'adesione in parola.

36 A tal riguardo, dall'articolo 53, paragrafo 1, del suddetto protocollo discende che la Romania pone in vigore le misure necessarie per conformarsi, dalla data di adesione all'Unione, alle disposizioni delle direttive che vincolano tutti gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi, a meno che un altro termine non sia previsto da tale medesimo protocollo.

37 Orbene, si deve constatare che un siffatto termine non è previsto per trasporre nel diritto interno la direttiva 2004/18. La Romania doveva quindi conformarsi a tale direttiva a partire dalla sua adesione all'Unione conformemente al principio dell'applicazione immediata e integrale delle disposizioni del diritto dell'Unione ai nuovi Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 3 dicembre 1998, *KappAhl*, C-233/97, EU:C:1998:585, punto 15).

38 Ciò premesso, occorre accertarsi che la direttiva 2004/18 sia effettivamente applicabile a una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori come quella di cui al procedimento principale.

39 A tale riguardo, da una giurisprudenza costante risulta che 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 tale appalto (sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 83).

40 Orbene, allorché una procedura di aggiudicazione è oggetto di una pubblicazione del bando di gara, si deve ritenere che la data in cui l'amministrazione aggiudicatrice risolve definitivamente la questione se si debba o meno indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione dell'appalto è quella del giorno di detta pubblicazione. Pertanto, è a tale data che occorre valutare la legittimità delle condizioni relative a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

41 Nel caso di specie, la procedura di aggiudicazione dell'appalto di lavori di cui al procedimento principale è stata oggetto di un bando di gara pubblicato nel supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 17 luglio 2017, ossia successivamente all'adesione della Romania all'Unione. Nei limiti in cui il protocollo di adesione non prevedeva nessuna misura transitoria atta a posticipare l'applicazione della direttiva 2004/18, si deve quindi ritenere che quest'ultima si applica *ratione temporis* a una procedura di aggiudicazione come quella di cui al procedimento principale.

Sulla prima e sulla seconda questione

42 Con la sua prima e la sua seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2004/18, e segnatamente il suo articolo 15, lettera c), debba essere interpretata nel senso che essa osta a che la normativa di uno Stato membro preveda, ai fini di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avviata successivamente alla data della sua adesione all'Unione per la realizzazione di un progetto intrapreso sulla base di un contratto di finanziamento concluso con la BEI prima di tale adesione, l'applicazione dei criteri

specifici previsti dalle disposizioni della guida della BEI che non sono conformi alle disposizioni della direttiva menzionata.

43 L'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18, prevede che tale direttiva non si applica agli appalti pubblici disciplinati da norme procedurali proprie di un'organizzazione internazionale.

44 Inoltre, occorre osservare che l'articolo di cui trattasi, letto alla luce del considerando 22 della direttiva 2004/18, elenca tre casi di appalti pubblici in cui la medesima direttiva non si applica nei limiti in cui siffatti appalti pubblici sono disciplinati da norme procedurali differenti. Inoltre, si deve rilevare che tale articolo s'inserisce in una sezione 3, intitolata «Appalti esclusi», del capo II, intitolato «Campo di applicazione», del titolo II, esso stesso rubricato «Disposizioni relative agli appalti pubblici», della direttiva 2004/18.

45 Emerge così sia dalla formulazione dell'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18 sia dal contesto in cui esso si inserisce, che l'articolo in parola costituisce un'eccezione all'ambito di applicazione materiale di tale direttiva. Orbene, una simile eccezione deve necessariamente essere interpretata restrittivamente (v., in tal senso, ordinanza del 20 giugno 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, non pubblicata, EU:C:2013:416, punto 51 e giurisprudenza ivi citata).

46 Per valutare se una procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici come quella di cui al procedimento principale, disciplinata dal capo 3 della guida della BEI, possa rientrare nell'eccezione di cui all'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18, si deve verificare se si possa ritenere che una siffatta procedura sia disciplinata da particolari norme procedurali di un'organizzazione internazionale.

47 Orbene, come constatato al punto 41 della presente sentenza, il bando d'appalto di cui al procedimento principale è stato pubblicato successivamente all'adesione della Romania all'Unione.

48 In tali circostanze, non si può ritenere che una procedura come quella di cui al procedimento principale sia disciplinata da norme procedurali proprie a un'organizzazione internazionale ai sensi dell'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18.

49 Pertanto, la Romania non può avvalersi, successivamente alla data della sua adesione all'Unione, dell'eccezione relativa al rispetto delle particolari norme di un'organizzazione internazionale prevista dall'articolo 15, lettera c), della direttiva 2004/18.

50 Inoltre, e come rilevato dal giudice del rinvio, una siffatta interpretazione è corroborata dalla formulazione della guida della BEI in forza della quale, a partire dalla sua adesione all'Unione, uno Stato candidato che ha beneficiato di un finanziamento della BEI per realizzare un progetto non è più soggetto al capo 3 di tale guida, relativo alle operazioni all'esterno dell'Unione, ma è ormai soggetto al capo 2 di tale guida, relativo alle operazioni all'interno dell'Unione, e deve applicare le direttive relative alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici.

51 Da quanto precede discende che la direttiva 2004/18 osta all'esistenza di un atto normativo di diritto nazionale, quale l'OUG n. 72/2007, il quale prevede che le disposizioni del capo 3 della guida della BEI si applicano in deroga alle disposizioni di tale direttiva.

52 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle prime due questioni sollevate dichiarando che la direttiva 2004/18 e, segnatamente, il suo articolo 15, lettera c), deve essere interpretata nel senso che essa osta a che una normativa di uno Stato membro preveda, ai fini di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avviata successivamente alla data della

sua adesione all'Unione per la realizzazione di un progetto intrapreso sulla base di un contratto di finanziamento concluso con la BEI prima di tale adesione, l'applicazione dei criteri specifici previsti dalle disposizioni della guida della BEI che non sono conformi alle disposizioni della menzionata direttiva.

Sulla terza e quarta questione

53 Con la sua terza e la sua quarta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 9, paragrafo 5, e l'articolo 60, lettera a), del regolamento n. 1083/2006 debbano essere interpretati nel senso che una procedura di aggiudicazione di un appalto come quella di cui al procedimento principale, in cui sono stati applicati criteri più restrittivi rispetto a quelli previsti nella direttiva 2004/18, possa essere considerata conforme al diritto dell'Unione e ammissibile a un finanziamento europeo non rimborsabile, concesso in modo retrospettivo, e se, del caso, l'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 debba essere interpretato nel senso che l'utilizzo di criteri di preselezione degli offerenti più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18 costituisca una «irregolarità», ai sensi di tale disposizione, che giustifica l'applicazione di una rettifica finanziaria in forza dell'articolo 98 del medesimo regolamento.

54 Per quanto attiene al primo aspetto, emerge dalla formulazione dell'articolo 9, paragrafo 5, del regolamento n. 1083/2006, letto alla luce del considerando 22 di tale regolamento, che i Fondi europei sono destinati a finanziare solo operazioni conformi alle disposizioni del Trattato e degli atti adottati in forza di quest'ultimo.

55 Inoltre, ai sensi dell'articolo 60, lettera a), del regolamento n. 1083/2006, spetta all'autorità di gestione garantire che le operazioni selezionate per un finanziamento siano conformi alle norme dell'Unione e alle norme nazionali applicabili per l'intero periodo di attuazione.

56 Il regolamento n. 1083/2006 fa così parte del sistema volto a garantire l'efficace gestione dei fondi dell'Unione e la tutela degli interessi finanziari di quest'ultima (v., in tal senso, sentenza del 26 maggio 2016, *Jude?ul Neam?* e *Jude?ul Bacau*, C-260/14 e C-261/14, EU:C:2016:360, punto 34).

57 Ne consegue che l'Unione finanzia, mediante i suoi Fondi, solo azioni attuate in completa conformità al diritto dell'Unione, ivi comprese le norme applicabili in materia di appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 14 luglio 2016, *Wroclaw – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

58 Nel caso di specie è pacifico che, ai fini della preselezione degli offerenti, la CNADNR ha osservato le norme del capo 3 della guida della BEI. A tal riguardo, il fatto di seguire le norme di tale guida non può escludere, ab initio, che le norme dell'Unione quali risultano dalla direttiva 2004/18 siano rispettate. Tuttavia, emerge dalle indicazioni del giudice del rinvio che i criteri di preselezione di cui al procedimento principale sono più restrittivi rispetto a quelli di cui agli articoli 44, 45 e 47 della direttiva 2004/18.

59 Tenuto conto di quanto precede, non si può ritenere che una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico come quella di cui al procedimento principale, nell'ambito della quale sono stati applicati criteri più restrittivi rispetto a quelli enunciati nella direttiva 2004/18, sia stata condotta in completa conformità al diritto dell'Unione.

60 Per quanto attiene al secondo aspetto menzionato al punto 53 della presente sentenza, dalla definizione di cui all'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 risulta che una violazione del diritto dell'Unione costituisce una «irregolarità», ai sensi di tale disposizione, solo qualora essa abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale dell'Unione mediante l'imputazione a detto bilancio di spese indebite. Di conseguenza, la Corte ha giudicato che una siffatta violazione può essere considerata un'irregolarità solo in quanto essa avrebbe potuto, in quanto tale, avere un effetto sul bilancio. Per contro, non è richiesto che sia dimostrata l'esistenza di un preciso effetto finanziario (sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

61 Di conseguenza si deve constatare che una violazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici costituisce una «irregolarità», ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, solo qualora non possa escludersi che tale violazione abbia avuto un effetto sul bilancio del Fondo in questione (v. sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 45).

62 Nel caso di specie, l'utilizzo di criteri di preselezione degli offerenti più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18 costituisce una «irregolarità», ai sensi dell'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006, solo qualora non possa escludersi che un simile utilizzo abbia avuto un effetto sul bilancio del Fondo di cui trattasi.

63 A tal riguardo, dalla decisione di rinvio risulta che, nel procedimento principale, l'AMPOST ha sottolineato che i criteri di preselezione degli offerenti erano più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18 e che essi avevano per effetto di restringere la cerchia dei partecipanti alla procedura di appalto pubblico di cui al procedimento principale, di modo che l'incidenza sul bilancio del Fondo non può essere esclusa, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

64 Per quanto riguarda, infine, il punto se l'irregolarità in discussione giustifichi l'applicazione di una rettifica finanziaria in forza dell'articolo 98 del regolamento n. 1083/2006, occorre rilevare che spetta agli Stati membri effettuare una rettifica finanziaria quando è constatata un'irregolarità.

65 A tal fine, il paragrafo 2 dell'articolo succitato impone all'autorità nazionale competente di determinare l'importo della rettifica da applicare tenendo conto di tre criteri, vale a dire la natura dell'irregolarità constatata, la gravità della stessa e la perdita finanziaria che ne è risultata per il Fondo di cui trattasi (sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 47).

66 Qualora, come nel procedimento principale, si tratti di un'irregolarità isolata e non sistemica, quest'ultimo requisito comporta necessariamente un esame caso per caso, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti alla luce di ognuno dei tre criteri.

67 Nel caso di specie, il fatto che la CNADNR abbia agito conformemente alla normativa nazionale che le imponeva di derogare alla direttiva 2004/18, cosicché essa non disponeva di alcun margine discrezionale relativamente alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici da osservare, è una circostanza idonea a incidere sull'importo finale della rettifica finanziaria da applicare, aspetto che incombe al giudice del rinvio verificare tenuto conto delle circostanze concrete del caso.

68 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla terza e alla quarta questione dichiarando che:

– L'articolo 9, paragrafo 5, e l'articolo 60, lettera a), del regolamento n. 1083/2006 devono essere interpretati nel senso che non si può considerare che una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico come quella di cui al procedimento principale, in cui sono stati applicati criteri più restrittivi rispetto a quelli menzionati nella direttiva 2004/18, sia stata condotta in completa conformità al diritto dell'Unione ed essa non è ammissibile a un finanziamento europeo non rimborsabile, concesso retrospettivamente.

– L'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 deve essere interpretato nel senso che l'utilizzazione di criteri di preselezione degli offerenti più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18 costituisce una «irregolarità», ai sensi di tale disposizione, che giustifica l'applicazione di una rettifica finanziaria in forza dell'articolo 98 del medesimo regolamento, qualora non possa escludersi che un siffatto utilizzo abbia avuto un'incidenza sul bilancio del Fondo di cui trattasi, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulle spese

69 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

1) La direttiva 2004/18/CE 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, e, segnatamente, il suo articolo 15, lettera c), deve essere interpretata nel senso che essa osta a che una normativa di uno Stato membro preveda, ai fini di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avviata successivamente alla data della sua adesione all'Unione europea per la realizzazione di un progetto intrapreso sulla base di un contratto di finanziamento concluso con la Banca europea per gli investimenti prima di tale adesione, l'applicazione dei criteri specifici previsti dalle disposizioni della guida sull'aggiudicazione degli appalti pubblici della Banca europea per gli investimenti che non sono conformi alle disposizioni della menzionata direttiva.

2) L'articolo 9, paragrafo 5, e l'articolo 60, lettera a), del regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999, devono essere interpretati nel senso che non si può considerare che una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico come quella di cui al procedimento principale, in cui sono stati applicati criteri più restrittivi rispetto a quelli menzionati nella direttiva 2004/18, sia stata condotta in completa conformità al diritto dell'Unione ed essa non è ammissibile a un finanziamento europeo non rimborsabile, concesso retrospettivamente.

L'articolo 2, punto 7, del regolamento n. 1083/2006 deve essere interpretato nel senso che l'utilizzazione di criteri di preselezione degli offerenti più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/18 costituisce una «irregolarità», ai sensi di tale disposizione, che giustifica l'applicazione di una rettifica finanziaria in forza dell'articolo 98 del medesimo regolamento, qualora non possa escludersi che un siffatto utilizzo abbia avuto un'incidenza sul bilancio del Fondo di cui trattasi, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Firme