

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
MICHAL BOBEK  
presentate il 21 novembre 2019 (1)

**Cause riunite C-496/18 e C-497/18**

**HUNGEOD Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasúttervezési Kft.,  
SIXENSE Soldata,  
Budapesti Közlekedési Zrt. (C-496/18)  
Budapesti Közlekedési Zrt. (C-497/18)  
contro  
Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság (Autorità per gli appalti, Commissione arbitrale in  
materia di appalti, Ungheria)**

[Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Fovárosi Törvényszék (Corte di Budapest-Capitale, Ungheria)].

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Appalti pubblici – Modifiche dei contratti di appalto – Direttive relative ai mezzi di ricorso – Riesame promosso d'ufficio da un'autorità pubblica in caso di una presunta violazione di norme in materia di appalti pubblici – Termini di decadenza per proporre il riesame – Scadenza dei termini previsti dalla normativa nazionale vigente al momento della presunta violazione – riesame promosso d'ufficio ai sensi della nuova normativa – Imposizione di ammende all'amministrazione aggiudicatrice e agli offerenti – Principi di certezza del diritto e di irretroattività – Articolo 83 della direttiva 2014/24/UE e articolo 99 della direttiva 2014/25/UE – Tutela degli interessi finanziari dell'Unione»

## **I. Introduzione**

1. La Budapesti Közlekedési Zrt. (in prosieguo: l'«amministrazione aggiudicatrice») ha stipulato due contratti di appalto, nel 2006 e nel 2009, in relazione alla costruzione della linea 4 della metropolitana di Budapest. Nel 2017, il Közbeszerzési Hatóság Elnöke (presidentedell'Autorità per gli appalti pubblici; in prosieguo: il «presidente dell'AAP») ha promosso d'ufficio il riesame, a norma delle disposizioni nazionali adottate nel 2015, delle modifiche apportate a tali contratti rispettivamente nel 2009 e nel 2010. A seguito di tale riesame, la Közbeszerzési Döntőbizottság (commissione arbitrale in materia di appalti; in prosieguo: la «Commissione arbitrale») ha imposto ammende all'amministrazione aggiudicatrice e agli offerenti.

2. La questione centrale posta dalle cause di cui trattasi può essere sintetizzata come segue: il diritto dell'Unione consente alle autorità pubbliche di promuovere d'ufficio il riesame delle modifiche di contratti di appalto *dopo* la scadenza dei termini di decadenza d previsti a tale scopo dalla normativa nazionale vigente al momento delle modifiche, quando tali procedimenti di riesame conducono, anni dopo che le modifiche sono intervenute, all'imposizione di sanzioni nei confronti di entrambe le parti dei contratti?

3. A mio avviso, il diritto dell'Unione non impone né vieta un riesame d'ufficio in relazione a contratti di appalto o a modifiche di siffatti contratti. Tuttavia, il principio della certezza del diritto sancito dal diritto dell'Unione osta a che le autorità pubbliche nazionali avviino tale riesame una volta scaduti i termini applicabili.

## **II. Contesto normativo**

## **A. Diritto dell'Unione**

### **1. Direttiva 89/665 e direttiva 92/13, come modificate dalla direttiva 2007/66**

4. L'articolo 1 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori<sup>(2)</sup> e l'articolo 1 della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni<sup>(3)</sup>, come entrambe modificate dalla direttiva 2007/66<sup>(4)</sup> così dispongono, nei rispettivi ambiti di applicazione:

«1. (...)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che (...) le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

(...)».

5. Il considerando 25 della direttiva 2007/66 è inoltre formulato come segue:

«(...) la necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti».

6. Il considerando 27 della direttiva 2007/66 prevede inoltre che «(...) [p]er motivi di certezza giuridica, la possibilità di far valere la privazione di effetti di un contratto è limitata ad un determinato periodo. L'effettività di tali termini deve essere rispettata».

### **2. Direttive 2014/24 e 2014/25**

7. Il considerando 122 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<sup>(5)</sup> e il considerando 128 della direttiva 2014/25/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE<sup>(6)</sup> affermano che tali direttive «non dovrebbe[ro] pregiudicare» le procedure di ricorso rispettivamente previste dalle direttive 89/665 e 92/13. Tuttavia, «i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui [a una delle direttive di cui trattasi] hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui [a tali direttive] e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni di [tali direttive] all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit».

8. L'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25, rubricati «Applicazione» e compresi nel titolo IV, «Governance», recitano come segue:

«(...)

2. Gli Stati membri garantiscono il controllo dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici.

Se le autorità o le strutture di controllo individuano di propria iniziativa o sulla base di informazioni pervenute violazioni specifiche o problemi sistemici, hanno il potere di segnalare tali problemi ad autorità nazionali di controllo, organi giurisdizionali e altre strutture idonee quali il Mediatore, i parlamenti nazionali o le relative commissioni.

(...».

## **B. Diritto ungherese**

### **1. Legge sugli appalti pubblici del 2003**

9. L'articolo 303, paragrafo 1, della közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény (legge n. CXXIX sugli appalti pubblici del 2003; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici del 2003») è formulato come segue:

«Le parti possono modificare la parte del contratto determinata sulla base delle condizioni previste nell'invito a presentare offerte o nella documentazione ad esso relativa, e sulla base del contenuto dell'offerta, , soltanto se il contratto, a seguito di una circostanza emersa dopo la sottoscrizione del contratto – per un motivo che non era prevedibile al momento della sottoscrizione del medesimo – viola le aspettative legittime sostanziali di una delle controparti contrattuali ».

10. L'articolo 306/A è formulato come segue:

«(1) Qualsiasi contratto che rientri nell'ambito di applicazione della presente legge è nullo qualora

(a) la procedura di appalto pubblico sia stata illegittimamente disattesa al momento della conclusione di detto contratto (...)

(...».

11. A norma dell'articolo 307, paragrafo 3, «il Közbeszerzések Tanácsának elnöke (presidente del Consiglio sugli appalti pubblici) assume l'iniziativa di avviare d'ufficio un procedimento dinanzi alla [Commissione arbitrale] se è plausibile che la modifica contrattuale sia stata effettuata in violazione dell'articolo 303 (...».

12. L'articolo 327 così dispone:

«(1) Gli organismi o le persone di seguito indicati possono assumere l'iniziativa di avviare d'ufficio un procedimento dinanzi alla [Commissione arbitrale] se, nell'esercizio dei loro poteri, siano venuti a conoscenza di un'azione o un'omissione contraria alla presente legge:

a) il presidente del Consiglio sugli appalti pubblici;

(...)

(2) Un procedimento può essere avviato d'ufficio dinanzi alla [Commissione arbitrale]:

a) su iniziativa di uno degli organismi di cui al paragrafo 1, lettere a), b) e da d) a i) entro 30 giorni dalla data in cui detto organismo viene a conoscenza della violazione o, nel caso in cui la procedura di appalto pubblico non sia stata rispettata, dalla data in cui il contratto è stato concluso, o, se essa non può essere stabilita, dalla data in cui l'organismo viene a conoscenza dell'inizio dell'esecuzione del contratto da parte di una delle parti, ma al più tardi entro un anno dal verificarsi della violazione o entro tre anni nei casi in cui la procedura di appalto pubblico non è stata rispettata.

(...».

13. Ai sensi dell'articolo 328, paragrafo 1, «il presidente del Consiglio sugli appalti pubblici assume l'iniziativa di avviare d'ufficio un procedimento dinanzi alla [Commissione arbitrale]

(...)

c) nel caso di cui all'articolo 307, paragrafo 3».

14. Ai sensi dell'articolo 379, paragrafo 2,

«il Consiglio [sugli appalti pubblici] (...)

l) segue con attenzione la modifica e l'esecuzione dei contratti stipulati in base ad una procedura di appalto pubblico (articolo 307, paragrafo 4)».

## **2. Legge sugli appalti pubblici del 2015**

15. L'articolo 152 della közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLIII. törvény (legge CLXIII sugli appalti pubblici del 2015; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici del 2015») così recita:

«(1) Gli organismi o i soggetti di seguito indicati possono assumere l'iniziativa di avviare d'ufficio un procedimento dinanzi alla [Commissione arbitrale] se, nell'esercizio dei loro poteri, siano venuti a conoscenza di un'azione o un'omissione contraria alla presente legge:

a) il [presidente dell'AAP];

(...)

(2) Uno degli organismi di cui al paragrafo 1 può assumere l'iniziativa di avviare d'ufficio una procedimento dinanzi alla [Commissione arbitrale] entro 60 giorni dalla data in cui detto organismo viene a conoscenza della violazione, ma

a) al più tardi entro tre anni dal verificarsi della violazione,

b) in deroga a quanto previsto alla lettera a), laddove gli acquisti siano stati effettuati senza che sia stata organizzata una procedura di appalto pubblico, al più tardi entro cinque anni dalla data in cui il contratto è stato concluso o, se essa non può essere stabilita, entro cinque anni dall'inizio dell'esecuzione del contratto da parte di una delle parti, o

c) in deroga a quanto previsto alle lettere a) e b), laddove le acquisizioni siano state effettuate a seguito di aiuti, per tutta la durata del periodo di conservazione dei documenti previsto in una specifica norma di legge in relazione al versamento e all'impiego dell'aiuto in questione, ma almeno entro un termine di cinque anni dal verificarsi della violazione, laddove le acquisizioni siano state effettuate senza che sia stata organizzata una procedura di appalto pubblico, dalla data in cui il contratto è stato concluso o, se essa non può essere stabilita, dall'inizio dell'esecuzione del contratto ad opera di una delle parti.

(...».

16. L'articolo 153, paragrafo 1, è così formulato:

«Il [presidente dell'AAP] assume l'iniziativa di avviare d'ufficio il procedimento dinanzi alla [Commissione arbitrale],

(...)

c) se è plausibile, alla luce dei risultati del controllo effettuato da parte dell'Autorità per gli appalti a norma dell'articolo 187, paragrafo 2, lettera j), o anche in assenza di controlli amministrativi, che la modifica o l'esecuzione del contratto siano avvenuti in violazione della presente legge, in particolare se è stata commessa una violazione del tipo indicato all'articolo 142, paragrafo 2 (...).

(...».

17. L'articolo 187 dispone:

«(...)

(2) L'Autorità [per gli appalti pubblici] (...)

(j) segue con attenzione la modifica dei contratti stipulati in base ad una procedura di appalto pubblico e, nell'ambito del controllo amministrativo ai sensi della [2004. évi CXL. törvény a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól (legge n. CXL del 2004 che prevede disposizioni generali in materia di servizi e procedura amministrativi)], anche l'esecuzione è sottoposta a controllo – in conformità alle dettagliate norme specificamente previste dalla legge – e, in particolare, adotta le misure di cui all'articolo 153, paragrafo 1, lettera c) e all'articolo 175».

18. A norma dell'articolo 197, paragrafo 1:

«Le disposizioni della presente legge si applicano ai contratti stipulati in base a procedure per l'aggiudicazione [di concessioni] o a procedure di appalto pubblico avviate dopo la sua entrata in vigore, a procedure in materia di concorrenza avviate dopo tale data, nonché a procedimenti di riesame ad esse collegati che siano stati richiesti, instaurati o promossi d'ufficio da parte di un'autorità, ivi comprese le procedure per la composizione amichevole di

controversie Gli articoli 139, 141, 142, 153, paragrafo 1, lettera c) e 175 si applicano alla possibilità di modificare, senza instaurare una nuova procedura di appalto pubblico, contratti stipulati in base a procedure di appalto pubblico avviate prima dell'entrata in vigore della presente legge, e al controllo delle modifiche e dell'esecuzione dei contratti. Inoltre, le disposizioni del capo XXI si applicano ai procedimenti di riesame relativi a tali contratti».

### **3. Decreto n. 4/2011**

19. Ai sensi dell'articolo 80, paragrafo 3, del 2007–2013 programozási időszakban az Európai Regionális Fejlesztési Alapból, az Európai Szociális Alapból és a Kohéziós Alapból származó támogatások felhasználásának rendjéről szóló 4/2011. (I. 28.) Korm. rendelet (Decreto 4/2011, del 28 gennaio 2011, sull'utilizzo degli aiuti del Fondo europeo di sviluppo regionale, del Fondo sociale europeo e del Fondo di coesione per il periodo di programmazione 2007-2013):

«I beneficiari e gli organismi coinvolti nell'erogazione dell'aiuto tengono conti separati per ciascun progetto, registrano separatamente tutti i documenti relativi al progetto e li conservano almeno fino al 31 dicembre 2020».

## **III. Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali**

### **A. Causa C-496/18**

20. Il 30 settembre 2005, l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, un bando di gara per «l'acquisizione di un sistema di controllo per la sorveglianza dei movimenti delle strutture e il controllo di rumori e vibrazioni durante la prima fase di costruzione della linea 4 della metropolitana di Budapest». Il valore stimato del contratto era superiore alle soglie comunitarie (UE). Il progetto ha ricevuto fondi dall'Unione (in base al programma operativo per i trasporti).

21. Un consorzio di fornitori di servizi costituito dalla Sol-Data SA (che in seguito ha modificato il proprio nome in SIXENSE Soldata) e dalla HUNGEOD Kft. si è aggiudicato l'appalto. Il 1° marzo 2006 l'amministrazione aggiudicatrice ha concluso un contratto di appalto con i membri del consorzio Sol-Data – Hungeod.

22. Il 5 ottobre 2009 le parti hanno modificato il contratto, affermando che si erano verificate circostanze imprevedibili. Il 18 novembre 2009 sulla *Közbeszerzési Értesítő* (*Gazzetta degli appalti pubblici*) è stato pubblicato un annuncio relativo alla modifica del contratto.

23. Secondo la decisione di rinvio, l'Az Európai Támogatásokat Auditáló Főigazgatóság (direzione generale per l'auditing relativo agli aiuti dell'Unione, Ungheria) ha promosso d'ufficio un procedimento di riesame concernente la modifica del contratto con la Sol-Data SA e la HUNGEOD Kft. Tuttavia, il 9 novembre 2010, la Commissione arbitrale ha rigettato tale domanda di riesame in quanto tardiva.

24. Il 29 maggio 2017 il presidente dell'AAP, interveniente a sostegno della Commissione arbitrale, ha avviato d'ufficio un procedimento a norma dell'articolo 153, paragrafo 1, lettera c), della legge sugli appalti pubblici del 2015, contro la HUNGEOD Kft., la Sol-Data e l'amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: le «ricorrenti»). A suo avviso, modificando il contratto in oggetto, le ricorrenti avevano violato l'articolo 303, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici del 2003, in quanto non erano state rispettate le condizioni per le modifiche previste in detta disposizione. Il presidente dell'AAP ha individuato nella data di modifica del contratto, vale a dire il 5 ottobre 2009, la data della violazione. Tuttavia, ha indicato il 30 marzo 2017 come data in cui egli è venuto a conoscenza della violazione.

25. Il 3 agosto 2017, nella decisione di cui trattasi nel procedimento principale, la Commissione arbitrale ha affermato che le ricorrenti avevano violato l'articolo 303 della legge sugli appalti pubblici del 2003.

26. Nella sua decisione, prima di pronunciarsi nel merito, la Commissione arbitrale ha respinto un'obiezione procedurale relativa alla questione se il presidente dell'AAP avesse avviato il procedimento entro i termini previsti. Secondo la Commissione arbitrale, la legge sugli appalti pubblici del 2003 era applicabile alla causa quanto al merito, mentre la legge sugli appalti pubblici del 2015 si applicava agli aspetti procedurali. L'articolo 197, paragrafo 1, seconda frase, della legge sugli appalti pubblici del 2015 prevede, a titolo transitorio, che è necessario applicare, tra l'altro, la legge sugli appalti pubblici del 2015 al controllo delle modifiche di contratti stipulati in base a procedure di appalto pubblico avviate precedentemente all'entrata in vigore di detta legge, e applicare il capo di tale legge relativo alle norme che disciplinano le procedure di riesame alle procedure di riesame in materia di controllo di tali modifiche. Di conseguenza, la Commissione arbitrale non ha ritenuto che le ricorrenti potessero invocare i principi di irretroattività e di certezza del diritto. Pertanto, il presidente dell'AAP ha correttamente avviato un procedimento di riesame entro i termini previsti dall'articolo 152, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici del 2015.

27. La Commissione arbitrale ha altresì affermato che una parte rilevante del progetto di cui trattasi e della modifica al contratto in esame sono stati realizzati con il contributo dei fondi dell'Unione, rientrando dunque nell'ambito di applicazione del decreto n. 4/2001. La Commissione arbitrale ha concluso che fosse necessario applicare l'articolo 80, paragrafo 3, di detto decreto alla modifica del contratto in oggetto. Di conseguenza, il termine entro cui un organismo poteva avviare d'ufficio un procedimento sarebbe scaduto il 31 dicembre 2020. Ne consegue che il presidente dell'AAP, instaurando d'ufficio il procedimento il 29 maggio 2017, abbia agito entro tale termine.

28. A seguito dell'accertamento di una violazione, la Commissione arbitrale ha imposto all'amministrazione aggiudicatrice un'ammenda di 25 000 000 fiorini ungheresi (HUF). Ha altresì imposto un'ammenda di HUF 5 000 000 in solido alla HUNGEOD Kft. e alla SIXENSE Soldata.

29. Le ricorrenti hanno impugnato la decisione della Commissione arbitrale dinanzi al giudice del rinvio, il Fovárosi Törvényszék (Corte di Budapest-Capitale, Ungheria). Nutrendo dubbi in ordine alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione, detto giudice decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se si debbano interpretare gli articoli 41, paragrafo 1, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i considerando 2, 25, 27 e 36 della [direttiva 2007/66], l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della [direttiva 92/13] e, in tale contesto, il principio di certezza del diritto, quale principio generale del diritto dell'Unione, e il presupposto di effettività e rapidità dei mezzi di ricorso disponibili in materia di appalti pubblici nei confronti delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro la quale, in relazione ai contratti di appalti pubblici stipulati prima della sua entrata in vigore, una volta scaduti i termini di decadenza previsti nella normativa anteriore dello Stato membro ai fini delle indagini relative alle violazioni in materia di appalti pubblici poste in essere prima dell'entrata in vigore della normativa di cui trattasi, autorizza in via generale l'autorità (di vigilanza) competente che essa stessa istituisce ad avviare, entro il termine sancito in tale normativa, un procedimento di indagine riguardo a una determinata violazione in materia di appalti pubblici e a pronunciarsi sul merito e, in esito a ciò, a dichiarare commessa la violazione, a imporre una sanzione in materia di appalti pubblici e ad applicare le conseguenze della nullità del contratto.

2. Se si possano applicare le norme giuridiche e i principi ai quali fa riferimento la prima questione – oltre che all'esercizio effettivo del diritto (soggettivo e individuale) a ricorrere di cui godono gli interessati all'aggiudicazione di un appalto – al diritto ad avviare e a svolgere un procedimento di riesame che vantano le autorità (di vigilanza) istituite dall'ordinamento giuridico dello Stato membro, che dispongono del potere di individuare (e indagare d'ufficio in merito a) violazioni in materia di appalti pubblici e hanno il compito di tutelare l'interesse pubblico.

3. Se dall'articolo 99, paragrafi 1 e 2, della [direttiva 2014/25] discenda che, mediante l'adozione di una nuova legge, l'ordinamento dello Stato membro può – al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione in materia di appalti pubblici – autorizzare in via generale le autorità (di vigilanza), che dispongono del potere, conferito dall'ordinamento dello Stato membro, di individuare e indagare d'ufficio in merito a violazioni in materia di appalti pubblici e hanno il compito di tutelare l'interesse pubblico, a procedere a indagini sulle violazioni in materia di appalti pubblici poste in essere prima dell'entrata in vigore della normativa di cui trattasi e ad avviare e svolgere un procedimento, nonostante siano già scaduti i termini di decadenza ai sensi della normativa anteriore.

4. Se, nel valutare – prendendo in considerazione le norme giuridiche e i principi ai quali fa riferimento la prima questione – la compatibilità con il diritto dell'Unione del potere di svolgere indagini conferito alle autorità (di vigilanza) descritto nella prima e nella terza questione, assuma una qualche rilevanza quali siano state le lacune giuridiche, normative, regolamentari, tecniche o organizzative o gli ostacoli di altra natura a causa dei quali non è stata effettuata un'indagine in merito alla violazione in materia di appalti pubblici nel momento in cui quest'ultima è stata commessa.

5. Se si debbano interpretare gli articoli 41, paragrafo 1, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i considerando 2, 25, 27 e 36 della [direttiva 2007/66], l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della [direttiva 92/13] e, in tale contesto, il principio di certezza del diritto, quale principio generale del diritto dell'Unione, il presupposto di effettività e rapidità dei mezzi di ricorso disponibili in materia di appalti pubblici nei confronti delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici e il principio di proporzionalità nel senso che – anche qualora, alla luce di tali principi, si possa conferire il potere al quale si riferiscono le questioni dalla prima alla quarta alle autorità di vigilanza, che hanno la facoltà, in forza dell'ordinamento giuridico dello Stato membro, di individuare (e indagare d'ufficio in merito a) una violazione in materia di appalti pubblici e che hanno il compito di tutelare l'interesse pubblico – il giudice nazionale può valutare la ragionevolezza e la proporzionalità del periodo di tempo trascorso tra la commissione della violazione, la scadenza dei termini di decadenza previsti precedentemente e l'inizio del procedimento di indagine sulla violazione e desumere da tali elementi la conseguenza giuridica dell'invalidità della decisione controversa o altra conseguenza prevista dall'ordinamento dello Stato membro».

## **B. Causa C-497/18**

30. Il 3 luglio 2009, l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, un bando di gara per «la prestazione di servizi richiedenti competenze in relazione alla gestione del progetto DBR durante la prima fase di costruzione della linea 4 della metropolitana». Il valore stimato del contratto (HUF 90 000 000 per un periodo di tre anni) era superiore alle soglie comunitarie (UE). Il progetto ha ricevuto fondi dall'Unione (in base al programma operativo per i trasporti).

31. La Matrics Consult Ltd. si è aggiudicata l'appalto. Il 14 maggio 2009, l'amministrazione aggiudicatrice concludeva il contratto. Essa recedeva dal contratto il 16 novembre 2011, con effetto dal 31 dicembre 2011.

32. Il 30 marzo 2017, il presidente dell'AAP ha avviato un procedimento d'ufficio a norma dell'articolo 153, paragrafo 1, lettera c), della legge sugli appalti pubblici del 2015, contro l'amministrazione aggiudicatrice e la Matrics Consult Ltd, al fine di ottenere l'accertamento dell'avvenuta violazione delle norme in materia di appalti pubblici e l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Sebbene le parti non avessero modificato per iscritto il contratto, esse si erano in larga misura discostate, con il loro comportamento in sede di pagamento delle fatture e di emissione dei certificati di buona esecuzione, dalle condizioni di pagamento definite al momento della presentazione dell'offerta e inserite nel contratto. Dette modifiche del contratto sono state considerate tali da costituire una violazione dell'articolo 303, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici del 2003 in quanto le condizioni per le modifiche contrattuali previste in tale articolo non sono state soddisfatte. Nel suo atto di riesame, il presidente dell'AAP ha indicato l'8 febbraio 2010 come data della violazione, ossia la data in cui è stata pagata la fattura, il cui pagamento ha portato le parti a superare l'importo del corrispettivo pattuito nel contratto. La data indicata come quella in cui il presidente dell'AAP è venuto a conoscenza della violazione era il 31 marzo 2017.

33. Il 18 agosto 2017 la Commissione arbitrale ha constatato che l'amministrazione aggiudicatrice e la Matrics Consult Ltd avevano violato l'articolo 303 della legge sugli appalti pubblici del 2003 modificando illegittimamente il contratto concluso in relazione ad una procedura di appalto pubblico. La Commissione arbitrale ha imposto un'ammenda di HUF 27 000 000 all'amministrazione aggiudicatrice e un'ammenda di HUF 13 000 000 alla Matrics Consult Ltd.

34. Prima di pronunciarsi sul merito, la Commissione arbitrale ha respinto un'eccezione procedurale relativa alla questione se il direttore dell'Autorità per gli appalti avesse avviato il procedimento entro i termini applicabili. Secondo la Commissione arbitrale, le disposizioni relative ai termini previsti dalla legge sugli appalti pubblici del 2015 erano applicabili alle modifiche contrattuali di fatto intervenute prima dell'entrata in vigore della legge in parola, il che significa che le parti del contratto non potevano invocare i principi di irretroattività e di certezza del diritto.

35. L'amministrazione aggiudicatrice ha impugnato la decisione della Commissione arbitrale dinanzi al giudice del rinvio, il Fővárosi Törvényszék (Corte di Budapest-Capitale). Detto giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se si debbano interpretare gli articoli 41, paragrafo 1, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i considerando 2, 25, 27 e 36 della [direttiva 2007/66], l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della [direttiva 89/665] e, in tale contesto, il principio di certezza del diritto, come principio generale del diritto dell'Unione e il presupposto di effettività e rapidità dei mezzi di ricorso disponibili in materia di appalti pubblici nei confronti delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro la quale, in relazione ai contratti di appalti pubblici stipulati prima della sua entrata in vigore, una volta scaduti i termini di decadenza previsti nella normativa anteriore dello Stato membro ai fini delle indagini relative alle violazioni in materia di appalti pubblici poste in essere prima dell'entrata in vigore della normativa di cui trattasi, autorizza in via generale l'autorità (di vigilanza) competente che essa stessa istituisce ad avviare, entro il termine sancito in tale normativa, un procedimento di indagine riguardo a una determinata violazione in materia di appalti pubblici e a pronunciarsi sul merito e, in esito a ciò, a dichiarare commessa la violazione, a imporre una sanzione in materia di appalti pubblici e ad applicare le conseguenze della nullità del contratto.

2. Se si possano applicare le norme giuridiche e i principi ai quali fa riferimento la prima questione – oltre che all'esercizio effettivo del diritto (soggettivo e individuale) a ricorrere di cui godono gli interessati all'aggiudicazione di un appalto – al diritto ad avviare e a svolgere un procedimento di riesame che vantano le autorità (di vigilanza) istituite dall'ordinamento giuridico dello Stato membro, che dispongono del potere di individuare e indagare d'ufficio in merito a violazioni in materia di appalti pubblici e hanno il compito di tutelare l'interesse pubblico.

3. Se dall'articolo 83, paragrafi 1 e 2, della [direttiva 2014/24] discenda che, mediante l'adozione di una nuova legge, l'ordinamento dello Stato membro può – al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione in materia di appalti pubblici – autorizzare in via generale le autorità (di vigilanza), che dispongono del potere, conferito dall'ordinamento dello Stato membro, di individuare e indagare d'ufficio in merito a violazioni in materia di appalti pubblici e hanno il compito di tutelare l'interesse pubblico, a procedere a indagini sulle violazioni in materia di appalti pubblici poste in essere prima dell'entrata in vigore della normativa di cui trattasi e ad avviare e svolgere un procedimento, nonostante siano già scaduti i termini di decadenza ai sensi della normativa anteriore.

4. Se, nel valutare – prendendo in considerazione le norme giuridiche e i principi ai quali fa riferimento la prima questione – la compatibilità con il diritto dell’Unione del potere di svolgere indagini conferito alle autorità (di vigilanza) descritto nella prima e nella terza questione, assuma una qualche rilevanza quali siano state le lacune giuridiche, normative, regolamentari, tecniche o organizzative o gli ostacoli di altra natura a causa dei quali non è stata effettuata un’indagine in merito alla violazione in materia di appalti pubblici nel momento in cui quest’ultima è stata commessa.

5. Se si debbano interpretare gli articoli 41, paragrafo 1, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, i considerando 2, 25, 27 e 36 della [direttiva 2007/66], l’articolo 1, paragrafi 1 e 3, della [direttiva 89/665] e, in tale contesto, il principio di certezza del diritto, come principio generale del diritto dell’Unione, il presupposto di effettività e rapidità dei mezzi di ricorso disponibili in materia di appalti pubblici nei confronti delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici e il principio di proporzionalità nel senso che – anche qualora, alla luce di tali principi, si possa conferire il potere al quale si riferiscono le questioni dalla prima alla quarta alle autorità di vigilanza, che hanno la facoltà, in forza dell’ordinamento giuridico dello Stato membro, di individuare (e indagare d’ufficio in merito a) una violazione in materia di appalti pubblici e che hanno il compito di tutelare l’interesse pubblico – il giudice nazionale può valutare la ragionevolezza e la proporzionalità del periodo di tempo trascorso tra la commissione della violazione, la scadenza dei termini di decadenza previsti precedentemente e l’inizio del procedimento di indagine sulla violazione e desumere da tali elementi la conseguenza giuridica dell’invalidità della decisione controversa o altra conseguenza prevista dall’ordinamento dello Stato membro».

36. Con decisione del 18 settembre 2018 il presidente della Corte ha disposto la riunione delle due cause.

37. L’amministrazione aggiudicatrice, la Commissione arbitrale, il presidente dell’AAP, il governo ungherese e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. Tutte le parti hanno presentato osservazioni orali all’udienza tenutasi il 4 settembre 2019.

#### IV. Analisi

38. Le presenti conclusioni sono articolate come segue. Inizierò con alcune osservazioni introduttive riguardanti le specificità del sistema ungherese di controllo d’ufficio degli appalti pubblici da parte delle autorità pubbliche. Sarà inoltre necessario determinare, in via preliminare, le norme di diritto dell’Unione che si possono applicare al caso di specie e riformulare le questioni sollevate dal giudice del rinvio. (A) Successivamente, analizzerò la seconda questione relativa all’ambito di applicazione delle direttive 89/665 e 92/13 (in prosieguo: le «direttive relative ai mezzi di ricorso»), come modificate dalla direttiva 2007/66, e delle direttive 2014/24 e 2014/25: i ricorsi avviati d’ufficio dalle autorità pubbliche in materia di appalti pubblici rientrano nell’ambito di applicazione di tali direttive? (B) Passerò quindi alla prima, alla terza e alla quarta questione, che esaminerò congiuntamente, in quanto esse vertono in sostanza sul medesimo aspetto: il diritto dell’Unione, in particolare il principio della certezza del diritto, osta a che tali ricorsi vengano proposti d’ufficio *dopo* la scadenza dei termini per proporre il riesame, sanciti dalla normativa nazionale vigente nel momento in cui vengono poste in essere le modifiche presumibilmente illegittime dei contratti? (C) Concluderò infine con la quinta questione sui poteri dei giudici nazionali per quanto riguarda l’esame di eventuali violazioni effettuato d’ufficio da parte di autorità pubbliche nazionali (D).

##### A. Considerazioni preliminari

###### 1. Sistema ungherese di riesame in materia di appalti pubblici e casi in esame

39. Il diritto ungherese prevede due tipi di riesame in materia di appalti pubblici, a seconda dell’identità del soggetto che lo promuove.

40. Da un lato, possono promuovere un riesame coloro che hanno un *interesse soggettivo* (inteso come interesse reale ed individuale) all’appalto pubblico di cui trattasi, come ad esempio l’aggiudicatario, gli offerenti (effettivi o potenziali) esclusi o anche l’amministrazione aggiudicatrice competente. Detto tipo di riesame favorisce l’applicazione *privata* delle norme in materia di appalti pubblici.

41. D’altro lato, il diritto ungherese prevede altresì riesami che possono essere promossi d’ufficio da una serie di autorità pubbliche le quali hanno il compito di tutelare l’*interesse generale*, compresi, ad esempio, il rispetto del principio di legalità e/o il controllo dell’utilizzo di fondi pubblici. Il tipo di riesame in parola rappresenta l’applicazione *pubblica* delle norme in materia di appalti pubblici.

42. Il presidente dell’AAP è una delle autorità pubbliche di cui trattasi. Egli ha il diritto di avviare di sua iniziativa un procedimento di cui all’articolo 153, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici del 2015. Una volta che un riesame sia stato promosso d’ufficio, spetta poi alla Commissione arbitrale svolgere il procedimento di riesame per quanto riguarda sia l’ammissibilità che il merito. Quando viene accertata una violazione delle norme in materia di appalti pubblici, la Commissione arbitrale può imporre una sanzione pecuniaria ai responsabili della violazione.

L'imposizione di una sanzione sembra essere obbligatoria qualora la constatazione della violazione derivi da un riesame d'ufficio promosso dal presidente dell'AAP ai sensi dell'articolo 153 della legge sugli appalti pubblici del 2015. Inoltre, all'udienza è stato precisato che la constatazione di una violazione può anche condurre all'annullamento del contratto, ma soltanto a seguito di una decisione di un organo giurisdizionale.

43. Nelle fattispecie di cui trattasi, il presidente dell'AAP ha promosso d'ufficio procedimenti di riesame riguardo alle modifiche dei due contratti di appalto di cui trattasi. Le modifiche sono state poste in essere rispettivamente nel 2009 e nel 2010. Al momento delle modifiche, la normativa nazionale applicabile era la legge sugli appalti pubblici del 2003. Tuttavia, le disposizioni transitorie della legge sugli appalti pubblici del 2015 (all'articolo 197) sono state interpretate in modo tale che le disposizioni *procedurali* di detta legge si applicassero alle modifiche dei contratti di appalto poste in essere *prima* che la legge in parola entrasse in vigore.

44. In linea con detto ragionamento, il presidente dell'AAP ha avviato d'ufficio procedimenti di riesame dinanzi alla Commissione arbitrale nel 2017, vale a dire rispettivamente 7 e 8 anni dopo il verificarsi delle presunte violazioni. All'epoca, i termini per proporre il riesame, sanciti dalla legge sugli appalti pubblici del 2003, erano già scaduti. Il presidente dell'AAP ha giustificato i ricorsi apparentemente tardivi affermando di essere venuto a conoscenza delle violazioni in parola solo nel 2017. La Commissione arbitrale ha successivamente valutato se i ricorsi fossero stati avviati nei termini previsti in relazione alla legge sugli appalti pubblici del 2015 e ha concluso in senso affermativo. In entrambi i casi, la Commissione arbitrale ha infine imposto le sanzioni contestate sia all'amministrazione aggiudicatrice sia agli offerenti. Tuttavia, né i contratti né le modifiche presumibilmente illecite sono stati dichiarati nulli.

45. In tale contesto fattuale e procedurale il giudice del rinvio ha posto alla Corte una serie di questioni. Non è compito della Corte interpretare l'alquanto complesso quadro normativo e procedurale nazionale. Tuttavia, vorrei sottolineare due aspetti che non sembrano controversi e che le presenti conclusioni assumono quale punto di partenza.

46. In primo luogo, sia la legge sugli appalti pubblici del 2003 sia la legge sugli appalti pubblici del 2015 prevedono termini entro cui un'autorità che ha la facoltà di proporre d'ufficio un riesame deve attivarsi. Costato che tali norme sono contenute nell'articolo 327, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici del 2003 e nell'articolo 152, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici del 2015 (7). Le due disposizioni hanno una struttura simile. Ciascuna di esse contiene una combinazione di termini di decadenza soggettivi e oggettivi. Tra la formulazione del 2003 e la formulazione del 2015 di tali disposizioni è cambiata la lunghezza dei termini di decadenza, più che raddoppiati nella legge sugli appalti pubblici del 2015.

47. In secondo luogo, aspetto a mio avviso piuttosto importante, il giudice del rinvio afferma, senza essere contraddetto sul punto da alcuna delle parti del presente procedimento (8), che i termini per proporre un riesame vigenti ed applicabili al momento delle modifiche erano già scaduti prima che entrasse in vigore la legge sugli appalti pubblici del 2015 (9).

## **2. Disposizioni pertinenti di diritto dell'Unione e riformulazione delle questioni**

48. In ciascuna delle cause riunite, il giudice del rinvio pone cinque questioni quasi identiche (10). Sfortunatamente, la formulazione delle questioni in parola non è molto chiara. Il loro contenuto in certa misura coincide. Pertanto, si rende necessaria una riformulazione per offrire al giudice del rinvio una risposta utile alla luce del contesto fattuale e giuridico delle presenti cause.

49. Prima di procedere in tal senso, è giustificata un'osservazione sulle norme pertinenti di diritto dell'Unione. Il giudice del rinvio indica, nell'ambito delle questioni poste, una serie di disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e di diverse direttive sugli appalti pubblici, unitamente ad alcuni principi generali di diritto dell'Unione. Tuttavia, soltanto alcune sembrano essere pienamente attinenti ai fini delle cause in esame. Al contrario, alcune altre norme di diritto dell'Unione a cui non si è fatto riferimento potrebbero di fatto essere pertinenti.

50. In primo luogo, a mio avviso l'articolo 41 e l'articolo 47 della Carta non sono pertinenti ai fini delle presenti cause. L'articolo 41, che concerne il diritto a una buona amministrazione, si rivolge soltanto alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione (11). Analogamente, l'articolo 47 non è applicabile ai casi di specie. Nel menzionare tale articolo, il giudice del rinvio si chiede se proporre ricorso 7 o 8 anni dopo il verificarsi delle presunte violazioni sia compatibile con l'obbligo di agire in giudizio entro un termine ragionevole. Tuttavia, sulla base dei fatti di cui ai casi di specie, non sembra essere in discussione il diritto a un ricorso effettivo *dinanzi a un giudice* ai sensi dell'articolo 47. La questione reale pare essere il rispetto dei termini di prescrizione da parte di un'autorità amministrativa.

51. In secondo luogo, per quanto riguarda i principi generali del diritto dell'Unione cui ha fatto riferimento il giudice del rinvio, il principio della certezza del diritto è fondamentale per rispondere alla prima, alla terza e alla

quarta questione, mentre il principio di proporzionalità ha una certa rilevanza in relazione alla quinta questione. L'obbligo di disporre di mezzi di ricorso rapidi ed efficaci contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici è specificamente sancito dall'articolo 1, paragrafo 1, delle direttive relative ai mezzi di ricorso.

52. In terzo luogo, dal momento che il giudice del rinvio ha invocato a livello generale la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, analizzerò detto aspetto della causa in relazione alle disposizioni di diritto dell'Unione non richiamate dal giudice del rinvio ma discusse all'udienza, ossia il regolamento n. 2988/95 (12) e il regolamento n. 1083/2006 (13).

53. Passando ora alle specifiche questioni poste dal giudice del rinvio, esse possono, a mio avviso, essere raggruppate come segue.

54. Con la seconda questione, il giudice del rinvio mira, in sostanza, a determinare se il diritto dell'Unione – in particolare le direttive relative ai mezzi di ricorso, come modificate soprattutto dalla direttiva 2007/66, e le direttive 2014/24 e 2014/25 – disciplini o limiti in qualsiasi modo la possibilità per le autorità pubbliche di svolgere procedimenti di riesame nell'interesse pubblico. Più precisamente, ritengo che tale questione chieda alla Corte se ricorsi come quelli di cui trattasi nei procedimenti principali rientrino nell'ambito di applicazione di una delle direttive in parola.

55. Con la prima questione, la Corte è chiamata a stabilire se il diritto dell'Unione, in particolare il principio generale della certezza del diritto, consenta alle autorità pubbliche di avviare procedimenti di ricorso riguardanti modifiche ai contratti di appalto – e, eventualmente, di imporre sanzioni – anche se i termini di ricorso sono già scaduti ai sensi della normativa nazionale vigente al momento delle modifiche. La terza e la quarta questione concernono l'impatto che l'esigenza di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione può avere sulla soluzione alla prima questione. La prima, la terza e la quarta questione verranno pertanto trattate congiuntamente.

56. La quinta questione è, dal canto suo, rilevante soltanto se si presume che il diritto dell'Unione non osti a che sia promosso un riesame d'ufficio nelle circostanze di cui ai casi di specie. In tal caso, il diritto dell'Unione, in particolare il principio di proporzionalità, autorizza i giudici nazionali ad esercitare un controllo sulle sanzioni irrogate?

## **B. Seconda questione**

57. Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede se il diritto dell'Unione disciplini o limiti in qualsiasi modo la possibilità per le autorità pubbliche di agire nell'interesse generale avviando d'ufficio procedimenti di ricorso relativi a modifiche di contratti di appalto. In particolare, tali ricorsi rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive relative ai mezzi di ricorso, come modificate dalla direttiva 2007/66, o delle direttive 2014/24 e 2014/25?

58. Secondo il presidente dell'AAP, le direttive relative ai mezzi di ricorso non disciplinano ricorsi avviati nel pubblico interesse da parte di autorità pubbliche. Spetta unicamente allo Stato membro adottare norme in tal senso. Ne consegue che le presenti cause non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

59. Il governo ungherese ritiene inoltre che le disposizioni nazionali in materia di termini per proporre d'ufficio ricorsi nel pubblico interesse non attuino le direttive relative ai mezzi di ricorso e non rientrino nemmeno nell'ambito di applicazione delle stesse. Esso si basa sull'articolo 83 della direttiva 2014/24 e sull'articolo 99 della direttiva 2014/25 per spiegare che le prerogative delle autorità di controllo sono, per loro natura, fondamentalmente diverse dal rimedio a disposizione degli operatori economici che hanno interesse ad ottenere un contratto.

60. Secondo la Commissione, in mancanza di disposizioni in tal senso, le direttive relative ai mezzi di ricorso non impongono o non vietano agli Stati membri di istituire forme di riesame d'ufficio contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. Neppure l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 impongono agli Stati membri di istituire rimedi d'ufficio nell'interesse pubblico. In ogni caso, tuttavia, gli Stati membri devono rispettare i principi generali del diritto dell'Unione, ivi compreso il principio di certezza del diritto.

61. Sono ampiamente d'accordo con la Commissione. A mio avviso, le direttive relative ai mezzi di ricorso, la direttiva 2014/24 e la direttiva 2014/25 non impongono agli Stati membri di prevedere procedimenti di riesame che possono essere avviati d'ufficio da autorità pubbliche nell'interesse pubblico ma nemmeno ostano a che gli Stati membri procedano in tal senso. Tuttavia, sebbene siffatti ricorsi non siano prescritti da tali direttive, se uno Stato membro decide di prevedere detti meccanismi, essi rientrano nell'ambito di applicazione (materiale) delle direttive in parola. Pertanto, le questioni sollevate dal giudice del rinvio, e in particolare la seconda questione, sono ricevibili.

62. Le direttive relative ai mezzi di ricorso impongono agli Stati membri solo di prevedere ricorsi esperibili *su iniziativa delle imprese interessate*. L'articolo 1, paragrafo 3, impone agli Stati membri di garantire che le procedure di riesame siano accessibili «*per lo meno* a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di

un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata» (14).

63. La formulazione di detta disposizione suggerisce che le direttive relative ai mezzi di ricorso non prevedono un sistema completo di ricorsi in materia di appalti pubblici. Come affermato dalla Corte, «la direttiva 89/665, come risulta, segnatamente, dal suo articolo 1, paragrafo 3, non è diretta alla completa armonizzazione delle norme nazionali pertinenti» (15). Essa stabilisce l'obbligo minimo («per lo meno») per gli Stati membri di prevedere un meccanismo di riesame per le imprese e non necessariamente anche per le autorità pubbliche che operano nell'interesse pubblico.

64. Tale interpretazione è ulteriormente confermata dal contesto e dalla finalità dell'articolo 1, paragrafo 3, delle direttive relative ai mezzi di ricorso, come modificate dalla direttiva 2007/66. In primo luogo, per quanto riguarda il contesto generale dell'articolo 1, paragrafo 3, il legislatore dell'Unione ha introdotto meccanismi volti a rafforzare il quadro dei ricorsi *avviati dalle imprese* (16). In secondo luogo, quanto al sistema e alla finalità delle direttive relative ai mezzi di ricorso, secondo una giurisprudenza consolidata esse sono volte a tutelare gli offerenti dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice e a garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, segnatamente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (17). Ne consegue che, sebbene il mantenimento della legalità sia indubbiamente anche un obiettivo fondamentale delle direttive relative ai mezzi di ricorso, il tipo di ricorso previsto in tali direttive per raggiungere siffatto obiettivo è chiaramente proposto dai *operatori economici*, come ulteriormente suggerito dal considerando 27 della direttiva 2007/66 (18).

65. Il fatto che la direttiva 2007/66 preveda altresì il cosiddetto «meccanismo correttore» (19) non modifica tale conclusione. In base a detto meccanismo, la Commissione può chiedere la correzione di gravi violazioni del diritto dell'Unione verificatesi nel corso di una procedura di aggiudicazione di appalti. Anche se si può affermare che il meccanismo in parola riguarda l'applicazione *pubblica* delle norme in materia di appalti pubblici, non se ne può dedurre che le direttive relative ai mezzi di ricorso, come modificate dalla direttiva 2007/66, impongano agli Stati membri l'istituzione di ricorsi nell'interesse pubblico. Il meccanismo di cui trattasi indica piuttosto, a contrario, che le direttive relative ai mezzi di ricorso non prevedono *altre* forme di riesame nel pubblico interesse.

66. Analogamente, l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25, formulati in maniera identica, non possono essere interpretati nel senso che essi *impongono* agli Stati membri di istituire un meccanismo di riesame nel pubblico interesse, come quello di cui trattasi nei procedimenti principali.

67. L'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 prevedono soltanto che violazioni specifiche o problemi sistemici relativi all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici possano essere «segnalati» ad organi giurisdizionali o altre autorità o strutture idonee. Non vi è dunque alcun obbligo di avviare procedimenti effettivi, ma semplicemente un'opzione, laddove vengano individuate violazioni *specifiche*. Il compito principale delle autorità pubbliche ai sensi dell'articolo 83 della direttiva 2014/24 e dell'articolo 99 della direttiva 2014/25 sembra piuttosto consistere nel segnalare problemi *strutturali* e nel suggerire misure adeguate per rimediare (20).

68. Pertanto, sebbene l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 promuovano chiaramente l'applicazione *pubblica* delle norme sugli appalti pubblici (21), essi non impongono agli Stati membri di prevedere meccanismi di riesame come quelli di cui trattasi nei procedimenti principali.

69. Ne consegue che le direttive relative ai mezzi di ricorso, la direttiva 2014/24 e la direttiva 2014/25 non impongono e non vietano agli Stati membri l'istituzione di altri tipi di riesame, come un riesame promosso d'ufficio da parte di autorità pubbliche nell'interesse della legalità e a tutela dei fondi pubblici.

70. Tuttavia, se detti meccanismi di riesame sono effettivamente previsti da uno Stato membro, gli stessi, in particolare il loro impatto e i loro effetti, rientreranno nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

71. In primo luogo, nella misura in cui i contratti di appalto rientrano nell'ambito di applicazione *ratione materiae* delle direttive sugli appalti pubblici, anche le modifiche apportate agli stessi sono disciplinate dal diritto dell'Unione (22). Logicamente, il controllo di tali modifiche rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione laddove garantisca il rispetto delle norme sostanziali dell'Unione sugli appalti pubblici in materia di modifiche di contratti di appalto.

72. In secondo luogo, in subordine, il tipo specifico di riesame su cui vertono le fattispecie di cui trattasi riguarda le direttive 2014/24 e 2014/25. Sebbene l'articolo 83 e l'articolo 99, rispettivamente, delle direttive in parola non *impongano* agli Stati membri di istituire un riesame come quello di cui trattasi nei procedimenti principali, siffatti tipi di riesame costituiscono comunque una delle possibili espressioni (a discrezione degli Stati membri) del nuovo ruolo conferito alle autorità di controllo da parte dell'articolo 83 della direttiva 2014/24 e dall'articolo 99 della direttiva 2014/25.

73. Qualsiasi altra conclusione avrebbe come singolare conseguenza il fatto che la disciplina dell'oggetto della procedura pubblica di riesame d'ufficio (ossia lo stesso contratto di appalto e le relative modifiche) sarebbe oggetto di armonizzazione ad opera del diritto dell'Unione, mentre le conseguenze potenzialmente significative del riesame (le sanzioni imposte all'amministrazione aggiudicatrice o agli offerenti o l'annullamento del contratto di appalto), che potrebbero incidere sull'intera procedura di gara, resterebbero completamente al di fuori di un settore altrimenti armonizzato per il solo fatto che il riesame sarebbe promosso da un'autorità pubblica. Ciò è difficilmente sostenibile.

74. D'altro lato, il fatto che non vi sia una specifica misura di armonizzazione dell'Unione a disciplinare tale tipo di riesame indica che soltanto i principi generali del diritto dell'Unione si applicheranno a siffatte procedure di riesame.

75. Ne consegue che la seconda questione deve essere risolta come segue: le direttive relative ai mezzi di ricorso, la direttiva 2014/24 e la direttiva 2014/25 non impongono né vietano agli Stati membri di prevedere un riesame d'ufficio da parte di autorità pubbliche in caso di presunte violazioni di norme sugli appalti pubblici. Tuttavia, una volta istituiti e presentati, detto riesame rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

### **C. Prima, terza e quarta questione**

76. Con la prima, la terza e la quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione – in particolare i principi generali della certezza del diritto e della tutela degli interessi finanziari dell'Unione – autorizzi le autorità pubbliche, sulla base di disposizioni di diritto nazionale o di diritto dell'Unione di recente adozione, ad avviare un procedimento di controllo delle modifiche di un contratto di appalto – e, eventualmente, ad imporre ammende – *anche* se i termini per proporre un riesame ai sensi della normativa nazionale vigente al momento delle modifiche sono già scaduti.

77. A mio avviso, la risposta non può che essere negativa.

#### **1. Principio di certezza del diritto sancito dall'Unione**

78. Il giudice del rinvio riconosce che l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 rafforzano il ruolo delle autorità di controllo. Tuttavia, si chiede se il diritto dell'Unione, in particolare il principio della certezza del diritto, limiti i poteri conferiti ad esse o se si possa invocare l'articolo 194 della legge sugli appalti pubblici del 2015, che ha recepito dette disposizioni, per «riaprire» i termini già scaduti al fine di consentire l'esercizio delle nuove competenze in parola.

79. Secondo l'amministrazione aggiudicatrice, i ricorsi d'ufficio di cui ai procedimenti principali violano il principio di certezza del diritto. Anche se la legge sugli appalti pubblici del 2015 ha introdotto nuove competenze per le autorità pubbliche, ciò non ha reso possibile riaprire termini già scaduti.

80. Secondo la Commissione arbitrale, l'ordinamento ungherese attribuisce al presidente dell'AAP un termine di 60 giorni dalla data in cui egli è venuto a conoscenza della violazione per avviare d'ufficio un procedimento di riesame. Un siffatto riesame può essere proposto fino al 31 dicembre 2020, che corrisponde al venir meno dell'obbligo di tenere a disposizione i documenti pertinenti.

81. Il governo ungherese riconosce la rilevanza del principio di certezza del diritto. In base al principio in parola le norme giuridiche devono essere chiare, precise e prevedibili nei propri effetti. Tuttavia, detto governo ritiene che le disposizioni nazionali di cui trattasi siano prevedibili.

82. Secondo la Commissione, il principio di certezza del diritto osta al riesame d'ufficio contro una decisione di un'amministrazione aggiudicatrice, che comporti l'imposizione di un'ammenda, qualora i relativi termini siano già scaduti. I termini possono essere riaperti soltanto in circostanze eccezionali, assenti nei casi di specie.

83. A mio avviso, fatte salve circostanze eccezionali, il principio della certezza del diritto sancito dall'Unione osta ad una «riapertura» di termini già scaduti.

84. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, per principio, una nuova norma si applica immediatamente agli *effetti futuri* di una situazione creatasi quando era in vigore la norma precedente, a meno che, fatto salvo il principio di irretroattività degli atti giuridici, la nuova norma sia accompagnata da disposizioni particolari che determinano specificamente le proprie condizioni di applicazione nel tempo (23).

85. Secondo una giurisprudenza costante, inoltre, le norme di procedura si applicano, come si ritiene in generale, a tutte le controversie pendenti all'atto della loro entrata in vigore, a differenza delle norme sostanziali, che, secondo la comune interpretazione, non riguardano rapporti giuridici definiti anteriormente alla loro entrata in vigore (24). Secondo la Corte, «[t]ale interpretazione garantisce il rispetto dei principi di certezza del diritto e di

legittimo affidamento in virtù dei quali le norme [dell'Unione] debbono presentare caratteri di chiarezza e prevedibilità per gli amministrati» (25).

86. Più in generale, il principio della certezza del diritto, che fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione, esige che le norme di diritto siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando possono avere sugli individui e sulle imprese conseguenze sfavorevoli, affinché gli interessati possano orientarsi nelle situazioni e nei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto dell'Unione (26). Lo stesso principio dev'essere rispettato dal legislatore nazionale quando adotta una normativa appartenente al diritto dell'Unione (27).

87. Per quanto riguarda il termine di prescrizione, quest'ultimo dev'essere stabilito in precedenza onde garantire la certezza del diritto (28) ed essere sufficientemente prevedibile (29).

88. Nelle cause in esame, non è in discussione l'applicazione di nuove norme *di procedura* a situazioni *in corso*. Senza voler riaprire il dibattito sulla questione se i termini di prescrizione siano norme procedurali o sostanziali (30), l'aspetto importante a mio avviso è che, dal punto di vista dei termini di prescrizione, la situazione giuridica era chiusa (e la prescrizione avvenuta).

89. Va ancora una volta ricordato (31) che, in base alla normativa applicabile in precedenza, ossia l'articolo 327, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici del 2003, il termine (oggettivo) di decadenza era spirato 3 anni dopo il verificarsi della violazione. Pertanto, in relazione alla causa C-496/18, era scaduto nel 2012. Nella causa C-497/18, il termine per la proposizione del riesame era spirato nel 2013. Nel 2015 è entrato in vigore il nuovo articolo 153, paragrafo 1, lettera c), della legge sugli appalti pubblici del 2015. Nel 2017, è stato invocato tale nuovo termine in quanto risultava che avesse iniziato a decorrere dal 2015 e consentisse la riapertura del riesame delle modifiche ai contratti di appalto di cui trattasi (32).

90. Se è corretta la mia interpretazione dei fatti in parola e del diritto nazionale, aspetti che in ultima analisi incombe al giudice del rinvio verificare, non esiste dunque, a mio avviso, alcuna situazione giuridica in corso a cui le nuove norme di procedura vengono applicate. Si tratta di un esempio di *effettiva retroattività*. L'obiettivo è quello di riaprire termini già scaduti introducendo nuove norme che prevedano nuovi termini.

91. Se si ammettesse che, in circostanze normali, i termini per la proposizione di un riesame già scaduti possano essere riaperti (o, di fatto, che siano fissati nuovi termini) ogni volta che vengono adottate nuove disposizioni nazionali contenenti termini generali, ciò potrebbe condurre ad una situazione nella quale le modifiche contrattuali potrebbero di fatto essere oggetto di riesame senza limitazione nel tempo (33). In tal modo, la normativa nazionale potrebbe «azzerare l'orologio» all'infinito semplicemente adottando nuovi termini. Chiaramente, un siffatto risultato non è accettabile alla luce del principio della certezza del diritto.

92. Non sono stati adottati (almeno dinanzi alla Corte) motivi imperativi che possano giustificare una siffatta riapertura dei termini e, di fatto, la (effettiva) retroattività di nuove norme. L'effettiva retroattività è possibile soltanto in circostanze eccezionali, solo qualora l'esiga lo scopo da raggiungere e venga debitamente osservato il legittimo affidamento degli interessati (34).

93. Prima di passare agli argomenti relativi allo scopo sotteso all'interpretazione delle norme sulla temporalità avanzati dalla Commissione arbitrale e dal governo ungherese (sezioni 2, 3 e 4), vorrei osservare che la determinazione di nuovi termini nella nuova normativa applicabile, anni dopo il fatto, a eventi passati non può essere etichettata come prevedibile o rispettosa delle legittime aspettative degli interessati. Inoltre, concordo con la Commissione sul fatto che l'articolo 197 della legge sugli appalti pubblici del 2015, che disciplina l'applicabilità *ratione temporis* di detta legge, è privo di chiarezza e, dunque, di prevedibilità per le parti contraenti. Pertanto, la disposizione in parola non contiene nulla che si avvicini al livello di giustificazione necessario per giustificare una siffatta (effettiva) retroattività.

94. La prima questione, pertanto, deve essere risolta come segue: il principio di certezza del diritto osta all'applicazione di disposizioni nazionali che autorizzino riesami d'ufficio in relazione a violazioni delle norme sugli appalti pubblici verificatesi prima della loro entrata in vigore, in una situazione in cui i termini previsti ai sensi della normativa nazionale precedentemente applicabile sono già scaduti.

## **2. Nuovo ruolo delle autorità di controllo a norma dell'articolo 83 della direttiva 2014/24 e dell'articolo 99 della direttiva 2014/25**

95. La Commissione arbitrale afferma che le presenti cause non riguardano la (ri)apertura dei termini già scaduti ai sensi delle disposizioni procedurali precedenti, in vigore al momento delle modifiche, ma l'esercizio, nell'ambito di un controllo amministrativo, delle nuove competenze in materia di controllo previste dall'articolo 83 della direttiva 2014/24 e dall'articolo 99 della direttiva 2014/25. Il predecessore dell'Autorità per gli appalti pubblici non aveva una siffatta competenza in materia di controlli. Di conseguenza, la legge sugli appalti pubblici del 2015 non consente la riapertura di un termine scaduto, ma ammette invece l'esercizio di una *competenza completamente nuova*. Il

presidente dell'AAP e il governo ungherese condividono in larga misura detta posizione, anche se con alcune variazioni di scarso rilievo.

96. Devo ammettere che tale argomento mi lascia molto perplesso.

97. Ferma restando la verifica da parte del giudice nazionale, mi pare che la legge sugli appalti pubblici del 2003 prevedesse già la possibilità, per talune autorità pubbliche, di promuovere un riesame d'ufficio nell'interesse pubblico (35). La rifusione della legge del 2015 ha di fatto apportato alcune modifiche a detta competenza e, soprattutto, ha fissato nuovi termini, più lunghi, per esercitarla (36). La competenza relativa alla proposizione di un siffatto tipo di riesame non può tuttavia essere considerata completamente nuova.

98. Occorre poi rilevare che l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 non si possono applicare *ratione temporis* ai casi di specie. Inoltre, come confermato all'udienza, tali disposizioni sono state recepite dall'articolo 194 della legge sugli appalti pubblici del 2015. Tuttavia, i ricorsi di cui trattasi nei procedimenti principali sono stati presentati sulla base dell'articolo 153 e non dell'articolo 194.

### **3. Tutela degli interessi finanziari dell'Unione**

99. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede specificamente se la soluzione della prima questione possa essere influenzata dal fatto che le offerte in oggetto hanno ricevuto sovvenzioni dall'Unione. Come affermato, in altri termini, dal giudice del rinvio, al di là della certezza del diritto, vi sono altri interessi pubblici, come ad esempio la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, che potrebbero giustificare l'ammissione di ricorsi in materia di appalti pubblici dopo che siano scaduti i termini previsti a tal fine, eventualmente fino al 2020? (37)

100. Nell'ambito della terza questione, il giudice del rinvio si basa sull'articolo 83 della direttiva 2014/24 e sull'articolo 99 della direttiva 2014/25. Il medesimo spiega inoltre che, a norma della legge sugli appalti pubblici del 2015, il termine per proporre un riesame nell'interesse pubblico in materia di contratti di appalto posti in essere avvalendosi di sovvenzioni dell'Unione era collegato alla durata dell'obbligo di tenere a disposizione i documenti (in relazione alle sovvenzioni dell'Unione) di modo che il legislatore nazionale poteva, di conseguenza, prorogare i termini in parola.

101. Secondo l'amministrazione aggiudicatrice, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione può essere garantita mediante strumenti diversi dal riesame d'ufficio nell'interesse pubblico, ad esempio, mediante rettifiche finanziarie, possibili in qualsiasi momento. Le rettifiche finanziarie sono già state applicate nelle cause di cui trattasi, cosicché l'imposizione di ammende costituisce, in pratica, una seconda sanzione per le stesse presunte violazioni.

102. Secondo la Commissione arbitrale, i riesami d'ufficio di cui trattasi sono volti principalmente alla tutela dei fondi pubblici, in particolare degli interessi finanziari dell'Unione.

103. Secondo il governo ungherese, uno degli obiettivi dell'articolo 152, paragrafo 2, lettera c), della legge sugli appalti pubblici del 2015 consiste nel fatto che il procedimento d'ufficio possa essere avviato in qualsiasi momento entro il termine durante il quale l'articolo 90 del regolamento n. 1083/2006 ha imposto l'obbligo di tenere a disposizione tutti i documenti giustificativi relativi alle spese e alle verifiche del programma operativo in questione. Inoltre, l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 dimostrano l'importanza, dal punto di vista del diritto dell'Unione, di garantire il controllo della spesa pubblica.

104. Secondo la Commissione, il fatto che una violazione di norme in materia di appalti pubblici riguardi un progetto in parte finanziato con fondi dell'Unione non obbliga gli Stati membri a riaprire i termini per svolgere indagini su detta violazione. Anche se essi procedono in tal senso in nome della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri devono comunque rispettare il principio generale della certezza del diritto sancito dall'Unione.

105. Sono d'accordo con la Commissione.

106. Va osservato che l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 non sono direttamente pertinenti ai fini della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. È vero che i progetti di proposta di direttiva inizialmente presentati dalla Commissione insistevano sulla dimensione relativa al bilancio dell'Unione delle proposte in parola (38). Tuttavia, nelle versioni attualmente vigenti, l'articolo 83 della direttiva 2014/24 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25 non menzionano la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

107. Gli atti secondari pertinenti di diritto dell'Unione sono pertanto piuttosto il regolamento n. 1083/2006 e il regolamento n. 2988/95 (39).

108. In primo luogo, per quanto riguarda l'obbligo, previsto dall'articolo 90 del regolamento n. 1083/2006, di tenere a disposizione tutti i documenti giustificativi relativi alle spese per un determinato periodo di tempo, ciò non

comporta necessariamente la possibilità di prevedere procedimenti di ricorso – e l'imposizione di sanzioni – per lo stesso periodo.

109. Come correttamente dichiarato dall'amministrazione aggiudicatrice all'udienza, i termini di prescrizione per proporre ricorso sono semplicemente diversi dai periodi previsti per l'obbligo di tenere a disposizione i documenti. Naturalmente, a livello di struttura normativa, un legislatore nazionale (o dell'Unione) potrebbe decidere di applicare i medesimi termini in entrambi i casi. Tale scelta dovrebbe però essere prevista in modo chiaro ed inequivocabile nella legislazione applicabile, in quanto tali termini non derivano automaticamente l'uno dall'altro. Analogamente, l'articolo 98 del regolamento n. 1083/2006 impone agli Stati membri soltanto di perseguire le irregolarità e di effettuare le necessarie rettifiche finanziarie entro detto termine. Non prevede ricorsi o, a fortiori, sanzioni pecuniarie come mezzo di controllo giurisdizionale in relazione ad irregolarità individuate nell'uso dei fondi dell'Unione.

110. In secondo luogo, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione non può essere interpretata nel senso che essa semplicemente prevale ipso iure sul principio della certezza del diritto sancito dall'Unione. Piuttosto, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione deve essere posta in bilanciamento con il principio della certezza del diritto. Ciò si ottiene di norma adottando termini chiari e prevedibili. Pertanto, pur dovendosi riconoscere l'importanza della tutela degli interessi finanziari, in un dato momento anche le decisioni illegittime devono diventare definitive.

111. Senza pronunciarsi sulla sua applicabilità ai casi di specie, il regolamento n. 2988/95 ha la funzione di *illustrare* tale esercizio di bilanciamento (40). A norma dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 2988/95, il termine di prescrizione delle azioni giudiziarie è di 4 anni a decorrere dall'esecuzione dell'irregolarità. La prescrizione è acquisita al più tardi il giorno in cui sia giunto in scadenza un termine pari al doppio del termine di prescrizione senza che l'autorità competente abbia irrogato una sanzione (41). Ciò si ritiene idoneo al perseguimento dell'obiettivo di tutela degli interessi finanziari dell'Unione (42).

112. Le disposizioni in parola illustrano che, a norma del diritto dell'Unione, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione non giustifica né termini prorogabili né controlli privi di limiti temporali. Come affermato dalla Corte, anche se gli Stati membri mantengono la facoltà di applicare termini di prescrizione più lunghi di 4 anni, un termine nazionale di prescrizione più lungo non deve, in particolare, andare manifestamente oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo di tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Nel valutare se i termini sono ragionevoli, occorre fare riferimento «[alle] tradizioni giuridiche di questi Stati nonché [alla] percezione, nei rispettivi ordinamenti giuridici, del lasso di tempo necessario e sufficiente ad un'amministrazione diligente per perseguire irregolarità commesse a scapito delle autorità pubbliche e dei bilanci nazionali» (43).

113. Per quanto riguarda i termini di prescrizione nazionali, pertanto, vi è di fatto una precisazione rispetto alla lunghezza ragionevole dei termini *iniziali*. Il limite esterno è la ragionevolezza. Solo se i termini iniziali sono così brevi da non garantire l'effettività del riesame (44) si può porre la questione relativa alla loro adeguatezza. In ogni caso, il principio in parola di certo non giustifica automaticamente l'effettiva retroattività o (a maggior ragione) l'inosservanza selettiva dei termini applicabili perché le autorità amministrative non sono state per qualsiasi motivo in grado di attivarsi in tempo utile.

114. Non ritengo necessario, nell'ambito dei procedimenti principali, avviare una discussione sulla sentenza Taricco (45) e sulle sue potenziali implicazioni sui casi di specie. I fatti all'origine di tale causa erano molto diversi da quelli delle cause in esame. La causa Taricco riguardava reati di frodi in materia di IVA (essendo l'IVA una risorsa propria dell'Unione), nel contesto della quale la prescrizione stava *ancora decorrendo* quando era stata introdotta la nuova normativa. Inoltre, la questione principale consisteva nel fatto che il termine di prescrizione era *troppo breve*, impedendo così l'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere contro la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione.

115. In ogni caso, alla luce dei chiarimenti successivamente apportati nelle sentenze M.A.S. e Scialdone (46), non considero più la sentenza Taricco un valido precedente sull'aspetto specifico se si possa non rispettare il termine di prescrizione di norma applicabile in nome e nell'interesse della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

#### **4. Carenze nella procedura di riesame**

116. Con la quarta questione, il giudice del rinvio chiede se sulla soluzione alla prima questione possa incidere il fatto che, al momento della commissione della violazione, non fossero svolte indagini sulla violazione di norme in materia di appalti pubblici, e i potenziali motivi di tale assenza di indagini.

117. Secondo la Commissione arbitrale e il presidente dell'AAP, è a causa delle carenze normative della legge sugli appalti pubblici del 2003 che non è stato possibile rilevare le modifiche contrattuali illegittime. L'amministrazione aggiudicatrice non ha presentato un'informativa relativa alla modifica dei contratti e gli avvisi pubblicati in relazione all'esecuzione dei contratti non indicavano una violazione. Di conseguenza, il predecessore del presidente dell'AAP non disponeva di informazioni che gli consentissero di controllare l'esecuzione e la modifica del contratto. In breve, la legge sugli appalti pubblici del 2003 non garantiva il livello di trasparenza e di controllo

amministrativo raggiunto in seguito con la legge sugli appalti pubblici del 2015. Si è pertanto reso necessario applicare le disposizioni della più recente normativa nazionale.

118. Tale argomento può essere respinto con relativa facilità.

119. Supponendo, a livello fattuale, che vi siano state carenze strutturali che avrebbero impedito un efficace controllo d'ufficio e un'efficace applicazione delle norme in materia di appalti pubblici (47), la circostanza in parola non giustificerebbe comunque il ricorso a misure effettivamente retroattive al fine di porre rimedio a tali carenze ex post. La massima di diritto romano «nemo auditur propriam turpitudinem allegans» si applica tradizionalmente nell'ambito del diritto civile. Ritengo che potrebbe essere altresì applicata ad un'autorità statale o pubblica che abbia elaborato e applicato determinate norme. Qualora in seguito avesse compreso che tali norme, che essa aveva solo il compito di elaborare e applicare, non funzionavano in modo ottimale, non le può essere consentito chiedere di azzerare i termini completamente e dare «un altro morso alla mela» a scapito delle parti interessate.

120. Spetta dunque agli Stati membri garantire il controllo delle violazioni delle proprie norme in modo efficace. Le carenze delle proprie leggi o dell'applicazione delle stesse non possono essere fatte valere nei confronti di terzi reimpostando termini già decorsi (48).

#### **D. Quinta questione**

121. La formulazione della quinta questione non è molto chiara. La intendo come segue. Il giudice del rinvio parte dal presupposto che la Corte risolva la seconda questione in senso opposto rispetto a quanto suggerito nelle presenti conclusioni. Pertanto, se nelle circostanze di cui ai casi di specie possono essere svolti procedimenti di riesame d'ufficio, il diritto dell'Unione (in particolare il principio di proporzionalità) autorizza i giudici nazionali che valutano la sanzione imposta nell'ambito di detti procedimenti di riesame a considerare gli aspetti specifici della causa per determinare l'adeguatezza della sanzione?

122. Secondo la Commissione arbitrale, i giudici nazionali non dovrebbero poter dichiarare l'invalidità della decisione amministrativa contestata o imporre altre conseguenze giuridiche, in quanto la Commissione arbitrale ha già valutato, nell'esercizio della sua competenza, gli elementi adottati dal giudice del rinvio. In particolare, per decidere l'importo delle ammende, la Commissione arbitrale ha preso in considerazione il fatto che sono trascorsi diversi anni tra la violazione e la proposizione del riesame. I giudici nazionali non dovrebbero effettuare una nuova valutazione a tal riguardo.

123. Secondo il governo ungherese, spetta al legislatore nazionale decidere quali poteri abbiano i giudici nazionali per quanto concerne la portata della loro valutazione della decisione della Commissione arbitrale e il tipo di conseguenze giuridiche che ne può derivare.

124. Secondo la Commissione, non è necessario affrontare separatamente la quinta questione in quanto essa si sovrappone alla prima questione.

125. Dal momento che suggerisco una soluzione negativa alla prima questione (il principio della certezza del diritto sancito dall'Unione osta a che sia proposto un riesame d'ufficio per quanto riguarda potenziali violazioni di norme sugli appalti pubblici in casi in cui i termini applicabili sono già scaduti), non occorre in realtà affrontare la quinta questione. Non è dunque necessario, nelle circostanze di cui ai casi di specie, analizzare se i giudici nazionali investiti di tali cause possano valutare in concreto la sanzione o le sanzioni, alla luce di fattori quali il decorso del tempo, il fatto che i termini previsti dalla normativa precedente siano già scaduti o la gravità della violazione.

126. Oltre a ciò, si potrebbe solo menzionare, a titolo di conclusione, che il tipo specifico di riesame avverso decisioni amministrative che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione è una questione rimessa alla scelta del legislatore nazionale (49), a condizione che sia garantito, nella fase del ricorso di carattere amministrativo o giurisdizionale, che la proporzionalità della sanzione, principio generale del diritto dell'Unione, verrà debitamente valutata (50).

#### **V. Conclusione**

127. Propongo che la Corte risponda alle questioni sollevate dal Fovárosi Törvényszék (Corte di Budapest-Capitale, Ungheria) come segue:

- La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, la direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative

all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, la 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 e la direttiva 2014/25/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE non impongono né vietano agli Stati membri di prevedere riesami d'ufficio da parte di autorità pubbliche in materia di presunte violazioni di norme sugli appalti pubblici. Tuttavia, una volta istituiti e promossi, detti riesami rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

- Il principio di certezza del diritto osta all'applicazione di disposizioni nazionali che autorizzino riesami d'ufficio in relazione a violazioni delle norme sugli appalti pubblici verificatesi prima dell'entrata in vigore di dette nuove disposizioni, in una situazione in cui i termini previsti ai sensi della normativa nazionale precedentemente applicabile sono già scaduti.

---

1 Lingua originale: l'inglese.

---

2 GU 1989, L 395, pag. 33.

---

3 GU 1992, L 76, pag. 14.

---

4 Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU 2007, L 335, pag. 31).

---

5 GU 2014, L 94, pag. 65.

---

6 GU 2014, L 94, pag. 243.

---

7 Riportati ai paragrafi 12 e 15 delle presenti conclusioni.

---

8 L'argomento dedotto dal presidente dell'AAP e dalla Commissione arbitrale, riportato ai paragrafi 26, 34 e 44, appare di natura diversa, ossia che in relazione ai ricorsi avviati dopo il 2015, sono divenuti applicabili i termini di cui alla legge sugli appalti pubblici del 2015, anche per le modifiche dei contratti di appalto poste in essere prima del 2015.

---

9 Come osservato nel paragrafo 23 delle presenti conclusioni, nella causa C-496/18, un procedimento di riesame relativo alla modifica del contratto con la Sol-Data SA e la HUNGEOD Kft. è stato avviato d'ufficio da parte di un'altra autorità pubblica ungherese, ossia l'Az Európai Támogatásokat Auditáló Főigazgatóság (direzione generale per l'auditing relativo agli aiuti dell'Unione, Ungheria). Tuttavia, il 9 novembre 2010, la Commissione arbitrale ha respinto tale domanda di riesame in quanto tardiva. Posso solo supporre che ciò sia avvenuto applicando il termine vigente all'epoca (nel 2010), previsto dalla legge sugli appalti pubblici del 2003.

---

10 L'unica differenza che intercorre tra le stesse consiste nel fatto che sono applicabili diverse direttive sugli appalti pubblici. Nella causa C-496/18, si applicano la direttiva 92/13 e l'articolo 99 della direttiva 2014/25, mentre nella causa C-497/18, si applicano la direttiva 89/665 e la direttiva 2014/24.

---

11 V. sentenze del 21 dicembre 2011, Cicala (C-482/10, EU:C:2011:868, punto 28); del 17 luglio 2014, YS e a. (C-141/12 e C-372/12, EU:C:2014:2081, punto 67); del 5 novembre 2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, punto 44); del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punto 83); e del 9 marzo 2017, Doux (C-141/15, EU:C:2017:188, punto 60).

---

12 Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (GU 1995, L 312, pag. 1).

---

13 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). Il regolamento in parola è stato abrogato il 31 dicembre 2013.

---

14 Il corsivo è mio.

---

15 Sentenza del 21 ottobre 2010, Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (C-570/08, EU:C:2010:621, punto 37).

---

16 In particolare, la direttiva 2007/66 ha introdotto termini per la proposizione del ricorso e termini sospensivi a *vantaggio degli offerenti* nelle procedure di aggiudicazione, soprattutto a vantaggio di quelli esclusi, per garantire loro l'effettività del loro diritto ad un ricorso. Vedi articoli 2 bis, paragrafo 1 e 2 quater, delle direttive relative ai mezzi di ricorso, come modificate dalla direttiva 2007/66.

---

17 V., ad esempio, sentenze dell'11 settembre 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punto 34); del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 50); e del 15 settembre 2016, Star Storage e a. (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 41).

---

18 «Dato che la presente direttiva rafforza le procedure di ricorso nazionali, specie nei casi di aggiudicazione mediante affidamento diretto illegittimo, gli operatori economici dovrebbero essere incoraggiati ad avvalersi di questi nuovi meccanismi».

---

19 V. articolo 3 delle direttive relative ai mezzi di ricorso.

---

20 V., in tal senso, il progetto di proposta di direttiva 2014/24 della Commissione [COM (2011) 896 definitivo, pag. 12].

---

21 Rispecchiando dunque la tendenza, evidente anche in alcune parti degli studi sugli appalti pubblici, che chiede una maggiore applicazione pubblica delle norme sugli appalti pubblici. V. ad esempio, Sanchez-Graells, A., «*If it ain't broke, don't fix it*? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts», in Folliot Lalliot, L. e Torricelli, S. (eds.), *Contrôles et contentieux des contrats publics – Oversight and Challenges of public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pag. 495.

---

22 V., in tal senso, sentenze del 19 giugno 2008, presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351) e del 7 settembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634). V. altresì l'articolo 72 della direttiva 2014/24 e l'articolo 89 della direttiva 2014/25, trattandosi delle prime disposizioni complete di diritto dell'Unione ad occuparsi delle modifiche di contratti di appalto durante il periodo di validità.

---

23 V., ad esempio, sentenze del 26 marzo 2015, Commissione/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, punto 32); del 6 ottobre 2015, Commissione/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, punto 50); e del 15 gennaio 2019, E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, punto 50).

---

24 V., ad esempio, sentenze del 12 novembre 1981, Meridionale Industria Salumi e a. (da 212/80 a 217/80, EU:C:1981:270, punto 9); del 14 novembre 2002, Ilumitrónica (C-251/00, EU:C:2002:655, punto 29 e giurisprudenza ivi citata); e del 9 marzo 2006, Beemsterboer Coldstore Services (C-293/04, EU:C:2006:162, punto 19).

---

25 V., ad esempio, sentenze del 12 novembre 1981, Meridionale Industria Salumi e a. (da 212/80 a 217/80, EU:C:1981:270, punto 10) e del 12 maggio 2005, Commissione/Huhtamaki Dourdan (C-315/03, non pubblicata, EU:C:2005:284, punto 51).

---

26 V., ad esempio, sentenze dell'8 dicembre 2011, France Télécom/Commissione (C-81/10 P, EU:C:2011:811, punto 100 e giurisprudenza ivi citata); dell'11 giugno 2015, Berlington Hungary e a. (C-98/14, EU:C:2015:386, punto e giurisprudenza ivi citata); e del 17 ottobre 2018, Klohn (C-167/17, EU:C:2018:833, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

---

27 Sentenza del 26 aprile 2005, «Goed Wonen» (C-376/02, EU:C:2005:251, punto 34).

---

28 V., ad esempio, sentenza del 15 luglio 1970, ACF Chemiefarma/Commissione (41/69, EU:C:1970:71, punto 19), concernente il potere della Commissione di imporre ammende per violazione delle norme sulla concorrenza. V. altresì sentenze; dell'11 luglio 2002, Marks & Spencer (C-62/00, EU:C:2002:435, punto 39), e del 5 maggio 2011, Ze Fu Fleischhandel e Vion Trading (C-201/10 e C-202/10, EU:C:2011:282, punto 52).

---

29 V., nel contesto del termine di prescrizione per il recupero di una restituzione all'esportazione concessa in seguito ad irregolarità, sentenze del 5 maggio 2011, Ze Fu Fleischhandel e Vion Trading (C-201/10 e C-202/10, EU:C:2011:282, punti da 32 a 34) e del 17 settembre 2014, Cruz & Companhia (C-341/13, EU:C:2014:2230, punto 58).

---

30 V. le mie conclusioni nella causa Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, paragrafi da 145 a 166).

---

31 V. paragrafi 46 e 47 delle presenti conclusioni.

---

32 Dal momento che i progetti di appalto pubblico in oggetto hanno ricevuto fondi dell'Unione, la Commissione arbitrale ritiene che il termine di decadenza per un riesame d'ufficio potrebbe essere potenzialmente prorogato fino al 31 dicembre 2020, dunque rispettivamente 10 e 11 anni dopo che sono state poste in essere le modifiche presumibilmente illegittime.

---

33 Non occorre precisarlo, in circostanze in cui tutti i fatti pertinenti si sono verificati anni o addirittura decenni prima. Anche nei casi di specie, tutti i fatti pertinenti risultano essersi verificati quando era in vigore la legge sugli appalti pubblici del 2003. L'unico fatto che ha avuto luogo quando la legge sugli appalti pubblici del 2015 era in vigore è costituito dalla dichiarazione dell'autorità competente di essere venuta (soggettivamente) a conoscenza della violazione.

---

34 V., ad esempio, sentenza del 15 luglio 2004, Gerekens e Procola (C-459/02, EU:C:2004:454, punto 24).

---

35 V. articoli 307 e 327 della legge sugli appalti pubblici del 2003.

---

36 Supra, paragrafo 46 delle presenti conclusioni.

---

37 V. articolo 80, paragrafo 3, del decreto n. 4/2001, come interpretato dalla Commissione arbitrale.

---

38 V. COM (2011) 896 definitivo, in particolare gli articoli 83, paragrafo 3 e 84, paragrafo 2, del progetto di direttiva 2014/24.

---

39 V. supra, paragrafo 52 delle presenti conclusioni.

---

40 Detto regolamento rappresenta la normativa generale (e non settoriale) in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione mediante controlli, misure e sanzioni *di carattere amministrativo*. Per gli aspetti penalistici, v. la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (GU 2017, L 198, pag. 29).

---

41 Occorre rilevare che, a norma dell'articolo 12 della direttiva 2017/1371, il termine di prescrizione ordinario per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione è di 5 anni.

---

42 V., ad esempio, sentenza del 5 maggio 2011, Ze Fu Fleischhandel e Vion Trading (C-201/10 e C-202/10, EU:C:2011:282, punto 43).

---

43 Sentenza del 5 maggio 2011, Ze Fu Fleischhandel e Vion Trading (C-201/10 e C-202/10, EU:C:2011:282, punti 38 e 39).

---

44 V., in tal senso, sentenza del 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punti da 39 a 44). Inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata, ai sensi delle direttive relative ai mezzi di ricorso, «la fissazione dei termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante [dalle direttive relative ai mezzi di ricorso], in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto». V., ad esempio, sentenze del 12 dicembre 2002, *Universale-Bau e a.* (C-470/99, EU:C:2002:746, punto 76); del 21 gennaio 2010, *Commissione/Germania* (C-17/09, non pubblicata, EU:C:2010:33, punto 22); e del 12 marzo 2015, *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 51).

---

45 Sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco e a.* (C-105/14, EU:C:2015:555).

---

46 Sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.* (C-42/17, EU:C:2017:936) e del 2 maggio 2018, *Scialdone* (C-574/15, EU:C:2018:295).

---

47 Occorre ricordare, come rilevato al paragrafo 23, che almeno nella causa C-496/18, un riesame d'ufficio era stato di fatto avviato ai sensi della legge sugli appalti pubblici del 2003, ma senza successo.

---

48 Si potrebbe ricordare che, in entrambi i casi in esame, sono state imposte sanzioni non soltanto alle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche agli aggiudicatari (v. paragrafi 28 e 33). Benché potrebbe esserci un margine di manovra più ampio qualora uno Stato membro intenda controllare e imporre sanzioni di bilancio ai propri servizi o alle proprie emanazioni, pur lasciando inalterati i contratti già stipulati, è una questione completamente diversa riaprire le procedure di appalto, sanzionare tutti coloro che partecipano ad esse e addirittura dichiarare nulli i contratti in parola alcuni anni più tardi.

---

49 V. tuttavia, per analogia, i requisiti relativi all'efficacia di siffatta scelta istituzionale nazionale nella sentenza del 29 luglio 2019, *Torubarov* (C-556/17, EU:C:2019:626, punti da 64 a 66 e 77).

---

50 V., in tal senso, sentenza del 9 febbraio 2012, *Urbán* (C-210/10, EU:C:2012:64, punto 23) e le mie conclusioni nella causa *Link Logistik N&N* (C-384/17, EU:C:2018:494, paragrafi da 104 a 112).