

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

24 maggio 2016 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 267 TFUE – Competenza della Corte – Qualità di giurisdizione dell'organo remittente – Appalto pubblico nel settore delle infrastrutture ferroviarie – Procedura negoziata – Direttiva 2004/17/CE – Articolo 10 – Articolo 51, paragrafo 3 – Principio di parità di trattamento degli offerenti – Raggruppamento composto da due società e ammesso come offerente – Offerta presentata da una delle due società, in nome proprio, in quanto l'altra società è stata dichiarata fallita – Società considerata idonea ad essere ammessa, da sola, come offerente – Aggiudicazione dell'appalto a tale società»

Nella causa C-396/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici, Danimarca), con decisione del 18 agosto 2014, pervenuta in cancelleria il 20 agosto 2014, nel procedimento

MT Højgaard A/S,

Züblin A/S

contro

Banedanmark,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça e A. Arabadjiev, presidenti di sezione, E. Juhász (relatore), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C.G. Fernlund e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: P. Mengozzi

cancelliere: I. Illéssy, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza dell'8 settembre 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per la MT Højgaard A/S e la Züblin A/S, da T. Høg, advokat;
- per il governo danese, da C. Thorning, in qualità di agente, assistito da R. Holdgaard, advokat;
- per la Commissione europea, da L. Grønfeldt, M. Clausen e A. Tokár in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 novembre 2015,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), in combinato disposto con l'articolo 51 di predetta direttiva.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che contrappone la MT Højgaard A/S e la Züblin A/S alla Banedanmark, gestore delle infrastrutture ferroviarie in Danimarca, in merito alla regolare aggiudicazione di un appalto pubblico da parte di quest'ultima, quale ente aggiudicatore, alla Per Aarsleff A/S.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 Il considerando 9 della direttiva 2004/17 recita:

«Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall'articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di proporzionalità, nonché il principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest'ultimo, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità.

(...)».

4 L'articolo 10 della direttiva in parola, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», così dispone:

«Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

5 L'articolo 11 della suddetta direttiva, intitolato «Operatori economici», al suo paragrafo 2 prevede quanto segue:

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

6 Quale parte del capo VII della medesima direttiva, l'articolo 51, intitolato «Disposizioni generali», sancisce:

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

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

(...)

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

7 Ai sensi dell'articolo 54 della direttiva 2004/17, intitolato «Criteri di selezione qualitativa»:

«1. Gli enti aggiudicatori che fissano criteri di selezione in una procedura aperta, devono farlo secondo regole e criteri oggettivi che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.

2. Gli enti aggiudicatori che selezionano i candidati ad una procedura di appalto ristretta o negoziata devono farlo secondo regole e criteri oggettivi da essi definiti che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.

3. Nel caso delle procedure ristrette o negoziate, i criteri possono fondarsi sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello che corrisponda a un giusto equilibrio tra caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione. Il numero dei candidati prescelti tiene conto tuttavia dell'esigenza di garantire un'adeguata concorrenza.

(...))».

Diritto danese

8 L'articolo 2, primo comma, della lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (legge relativa a determinate attività commerciali), pubblicata con il decreto di consolidamento n. 1295 del 15 novembre 2013, contiene la seguente definizione, sancita in conformità alla giurisprudenza e alla dottrina:

«Ai fini della presente legge, per “società in nome collettivo” s'intende un'impresa in cui tutti i soci sono personalmente responsabili, in solido e illimitatamente, per gli obblighi da essa assunti».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

9 Con bando pubblicato nel gennaio 2013, la Banedanmark ha lanciato, ai sensi dell'articolo 47 della direttiva 2004/17, una procedura negoziata con previa indizione di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico riguardante la costruzione di una nuova linea ferroviaria tra le città di Copenhagen e di Ringsted, nell'ambito di un progetto denominato «TP 4 Urban Tunnels». Ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, il criterio prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

10 In base al bando di gara, la Banedanmark intendeva invitare da quattro a sei candidati a

presentare offerte e avrebbe eseguito una valutazione preliminare qualora il numero di candidati fosse stato superiore a sei. Inoltre, dal capitolato d'oneri emerge che la procedura avviata prevedeva che gli offerenti sarebbero stati invitati a presentare tre offerte in successione nel corso della procedura. Una trattativa avrebbe avuto luogo dopo la presentazione delle prime due offerte e la terza e ultima doveva condurre all'aggiudicazione dell'appalto.

- 11 Cinque operatori economici hanno presentato la propria candidatura nell'ambito della preselezione. Tra di essi figurava il raggruppamento costituito dalla MT Højgaard e dalla Züblin (in prosieguo: il «raggruppamento Højgaard e Züblin») nonché il raggruppamento costituito dalla Per Aarsleff e dalla E. Pihl og Søn A/S (in prosieguo: il «raggruppamento Aarsleff e Pihl»). La Banedanmark ha preselezionato tutti e cinque i candidati e li ha invitati a presentare offerte.
- 12 Nel giugno 2013 una delle imprese si è ritirata dalla procedura, cosicché sono rimasti solo quattro offerenti preselezionati.
- 13 Il contratto di costituzione del raggruppamento Aarsleff e Pihl è stato concluso dalle due società il 26 agosto 2013. In pari data, il giudice competente ha pronunciato una sentenza dichiarativa del fallimento della E. Pihl og Søn. La Banedanmark ne è stata informata nel pomeriggio del medesimo giorno e ha immediatamente consultato la Per Aarsleff in ordine all'impatto di tale sentenza sulla procedura d'appalto in corso. Nonostante tale dichiarazione di fallimento, il raggruppamento Aarsleff e Pihl ha presentato una prima offerta il 27 agosto 2013, sottoscritta da entrambe le società, ma non dal curatore fallimentare.
- 14 Il 15 ottobre 2013 la Banedanmark ha comunicato a tutti gli offerenti la propria decisione di autorizzare la Per Aarsleff a continuare a partecipare da sola alla procedura. La Banedanmark ha giustificato tale decisione adducendo che la Per Aarsleff, che era il primo imprenditore in Danimarca in termini di fatturato per gli anni 2012 e 2013, soddisfaceva i requisiti per partecipare alla procedura negoziata anche senza le capacità tecniche e finanziarie della E. Pihl og Søn. Inoltre, la Per Aarsleff avrebbe riassunto oltre cinquanta dipendenti della E. Pihl og Søn, comprese alcune figure chiave per la realizzazione del progetto di cui trattasi.
- 15 La Per Aarsleff ha presentato una seconda offerta in nome proprio, comunicando che essa la presentava quale successore del raggruppamento Aarsleff e Pihl, che il curatore fallimentare non aveva comunicato se intendeva proseguire il contratto di raggruppamento e che, di conseguenza, la Per Aarsleff aveva risolto tale contratto. Dopo aver valutato le seconde offerte ricevute, la Banedanmark ha scelto, conformemente alle condizioni del bando di gara, di ammettere tre offerte al fine di determinare quale di esse fosse economicamente la più vantaggiosa e ha chiesto ai tre offerenti selezionati di presentare una terza e ultima offerta. Tra di essi figurava la Per Aarsleff, nonché il raggruppamento Højgaard e Züblin. Queste ultime offerte sono state depositate dai tre offerenti il 12 dicembre 2013.
- 16 Il 20 dicembre 2013 la Banedanmark ha comunicato ai tre offerenti selezionati che aveva deciso di aggiudicare l'appalto alla Per Aarsleff, la cui offerta era, sia dal punto di vista della qualità che del prezzo, quella economicamente più vantaggiosa. Detta offerta ammontava a 920 300 000 corone danesi (DKK) (circa EUR 123 402 000).
- 17 In seguito a tale decisione, la MT Højgaard e la Züblin hanno adito il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici, Danimarca), facendo valere segnatamente che, nel consentire alla Per Aarsleff di partecipare alla procedura in luogo del raggruppamento Aarsleff e Pihl, sebbene la Per Aarsleff non fosse stata preselezionata a titolo personale, la Banedanmark ha violato i principi di parità di trattamento e di trasparenza ai sensi dell'articolo 10 della direttiva 2004/17. La MT Højgaard e la Züblin hanno quindi chiesto al Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) di annullare la decisione di aggiudicazione dell'appalto alla Per Aarsleff nonché di ordinare la sospensione

della sua esecuzione.

- 18 Il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) ha anzitutto deciso di non conferire effetto sospensivo al ricorso. Nella sua decisione di rinvio, esso ritiene poi che, in base alle informazioni comunicate sulla Per Aarsleff, tale società sarebbe stata preselezionata se avesse presentato la sua candidatura in nome proprio anziché tramite il raggruppamento Aarsleff e Pihl. Il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) rileva anche che nessuna disposizione di diritto danese vieta la modifica della composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipi ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, la quale abbia avuto luogo dopo la presentazione delle offerte.
- 19 Il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) osserva inoltre che, nel bando di gara, la Banedanmark non ha posto requisiti qualitativi minimi riguardo alle capacità tecniche degli offerenti e doveva procedere ad una valutazione qualitativa delle candidature solo se il loro numero fosse stato superiore a sei. La Per Aarsleff avrebbe dunque potuto essere preselezionata in nome proprio, senza fare parte del raggruppamento Aarsleff e Pihl. Il fatto che la Per Aarsleff sia subentrata a tale raggruppamento non avrebbe peraltro avuto alcun impatto sulla situazione degli offerenti giacché nessuno dei candidati è stato escluso in sede di preselezione o sarebbe stato escluso se la Per Aarsleff avesse presentato la propria candidatura a titolo personale. Inoltre, occorrerebbe distinguere la situazione in cui la modifica di un raggruppamento avviene prima dell'aggiudicazione dell'appalto da quella in cui tale modifica avviene dopo tale aggiudicazione.
- 20 Tuttavia, il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) esprime qualche riserva circa la compatibilità della procedura seguita con il principio di parità di trattamento, sottolineando al contempo che, per quanto riguarda gli appalti pubblici nei settori di attività rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17, le norme fissate dal legislatore dell'Unione europea riguardo all'applicazione di tale principio non sono così dettagliate come quelle stabilite nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).
- 21 Tenuto conto di siffatte considerazioni, il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

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

Sulla competenza della Corte

- 22 Al punto 15 della sentenza del 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia e 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), la Corte ha riconosciuto la qualità di «giurisdizione», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici). Il governo danese rileva tuttavia che, nella sentenza del 9 ottobre 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), la Corte ha invece negato tale qualità al Teleklagenævnet (Commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni, Danimarca). Esso chiede quindi alla Corte ulteriori chiarimenti in merito ai criteri applicabili a tal riguardo e di confermare eventualmente la qualità di «giurisdizione» del Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti

pubblici).

- 23 Al riguardo occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, al fine di valutare la qualità di «giurisdizione» dell'organo del rinvio, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (sentenza del 6 ottobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, punto 17 e giurisprudenza ivi citata).
- 24 Nel procedimento principale, non emerge da alcun elemento del fascicolo sottoposto alla Corte che l'organo remittente non soddisfa i criteri inerenti al suo fondamento legale, al suo carattere permanente, all'obbligatorietà della sua giurisdizione, alla natura contraddittoria del procedimento seguito dinanzi ad esso e al fatto che esso applichi norme giuridiche.
- 25 Per quanto riguarda il criterio relativo all'indipendenza, criterio che il Teleklagenævnet (Commissione di ricorso in materia di telecomunicazioni) non soddisfaceva, secondo quanto statuito dalla Corte nella sentenza del 9 ottobre 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), messa in rilievo dal governo danese, occorre constatare anzitutto che, a differenza di quest'ultimo organo di ricorso, il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) non interviene quale parte nei procedimenti di ricorso promossi avverso le sue decisioni dinanzi ai giudici ordinari. Ne discende che esso si trova in posizione di terzietà rispetto alle parti del procedimento, in particolare rispetto all'autorità che ha adottato la decisione impugnata dinanzi ad esso.
- 26 Va poi osservato che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 44 delle sue conclusioni, dagli atti emerge che il Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) e il Ministero delle Imprese e dello Sviluppo non sussiste alcun rapporto funzionale. La circostanza che il segretariato di tale organo faccia capo al suddetto ministero non può mettere in dubbio tale affermazione. Inoltre, detto organo esercita le sue funzioni in piena autonomia, senza essere subordinato a un rapporto gerarchico e senza ricevere istruzioni da alcuna fonte (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, punto 19 e giurisprudenza ivi citata).
- 27 Per quanto riguarda l'indipendenza dei membri che compongono l'organo remittente, va sottolineato che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, del bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (decreto n. 887 relativo alla Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici, come modificato), dell'11 agosto 2011, essi sono tenuti ad esercitare le loro funzioni in modo indipendente.
- 28 Dagli atti emerge che l'organo remittente è composto, a norma dell'articolo 9, paragrafo 1, della lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (legge n. 492 relativa all'attuazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, come modificata), del 12 maggio 2010 (in prosieguo: la «legge n. 492»), da un presidente e da una serie di vicepresidenti, che formano la presidenza, nonché da una serie di membri esperti. Conformemente all'articolo 9, paragrafo 2, secondo comma, della legge n. 492, la presidenza è assunta da giudici di tribunali distrettuali e di corti regionali d'appello.
- 29 La composizione del Klagenævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) è paritetica. Nella sua composizione ordinaria, esso è costituito da un membro della presidenza, che agisce in qualità di presidente, e da un membro esperto. Inoltre, a norma dell'articolo 10, paragrafo 5, della legge n. 492, le sue decisioni sono adottate a maggioranza semplice e il voto del presidente prevale in caso di parità. Di conseguenza, i membri di tale organo provenienti dalla magistratura danese dispongono, in ogni caso, della maggioranza dei

voti e, pertanto, di un peso preponderante in tale organo in sede decisionale.

- 30 I membri dell'organo remittente aventi lo status di magistrati dell'ordine giudiziario beneficiano, a tale titolo, della tutela specifica contro la revoca prevista dall'articolo 64 della Costituzione danese, tutela che si estende anche all'esercizio delle funzioni di membro della presidenza dell'organo remittente.
- 31 Stante la preponderanza del voto dei membri dell'organo remittente, i quali, nella loro qualità di magistrati, beneficiano di tale specifica tutela, la circostanza che i membri esperti del suddetto organo non godano della stessa tutela non può in nessun caso indurre a rimettere in discussione l'indipendenza dell'organo in parola.
- 32 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre confermare che il Klagensævnet for Udbud (Commissione di ricorso in materia di appalti pubblici) soddisfa altresì il criterio dell'indipendenza e deve essere quindi qualificato come «giurisdizione», ai sensi dell'articolo 267 TFUE.
- 33 Di conseguenza, la Corte è competente a rispondere alla questione posta.

Sulla questione pregiudiziale

- 34 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un ente aggiudicatore autorizzi un operatore economico, che faceva parte di un raggruppamento di due imprese preselezionate e che avevano presentato la prima offerta in una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, a continuare a partecipare in nome proprio a tale procedura in seguito allo scioglimento del raggruppamento di cui trattasi.
- 35 Al fine di rispondere a tale questione, va rilevato che la direttiva 2004/17 non contiene norme riguardanti specificamente le modifiche sopraggiunte in ordine alla composizione di un raggruppamento di operatori economici preselezionato quale offerente per un appalto pubblico, sicché la disciplina di una siffatta situazione rientra nella competenza degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 23 gennaio 2003, *Makedoniko Metro e Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, punto 61).
- 36 Né la normativa danese né il bando di gara di cui trattasi nel procedimento principale contengono norme specifiche a tal riguardo. Ciò posto, la possibilità per l'ente aggiudicatore di autorizzare una modifica del genere deve essere esaminata alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, nonché degli obiettivi di tale diritto in materia di appalti pubblici.
- 37 A tal riguardo, va ricordato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza significano, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 16 dicembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).
- 38 Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i

concorrenti (sentenze del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punto 110, e del 12 marzo 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punto 33).

- 39 Un'applicazione restrittiva del principio di parità di trattamento tra offerenti, quale esposto all'articolo 10 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, condurrebbe alla conclusione che solo gli operatori economici così come sono stati preselezionati possono presentare offerte e diventare aggiudicatari.
- 40 Tale approccio trova fondamento nell'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2004/17, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici «verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati», il che presuppone, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 63 delle sue conclusioni, un'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte.
- 41 Tuttavia, il requisito dell'identità giuridica e sostanziale menzionato al punto precedente della presente sentenza può essere attenuato al fine di garantire, in una procedura negoziata, un'adeguata concorrenza, come richiesto dall'articolo 54, paragrafo 3, della direttiva 2004/17.
- 42 Come emerge dal punto 10 della presente sentenza, nel procedimento principale l'ente aggiudicatore ha ritenuto che il numero di candidati non dovesse essere inferiore a quattro per garantire una siffatta concorrenza.
- 43 È comunque anche necessario che il fatto che l'operatore economico continui a partecipare alla procedura negoziata in nome proprio, in seguito allo scioglimento del raggruppamento di cui faceva parte e che era stato preselezionato dall'ente aggiudicatore, non leda il principio della parità di trattamento di tutti gli offerenti.
- 44 A tal riguardo, un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da tale ente a presentare offerte, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, alla procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa, da solo, i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione alla suddetta procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.
- 45 Nel procedimento principale, occorre anzitutto rilevare che dalla decisione di rinvio emerge che la Per Aarsleff sarebbe stata preselezionata se si fosse candidata da sola (v. punto 18 della presente sentenza).
- 46 Ciò premesso, tenuto conto degli elementi contenuti nel fascicolo, secondo cui, da un lato, il contratto di costituzione del raggruppamento Aarsleff e Pihl è stato concluso lo stesso giorno in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento della E. Pihl og Søn, e, dall'altro, la prima offerta di tale raggruppamento è stata presentata il giorno dopo senza la sottoscrizione del curatore fallimentare della E. Pihl og Søn, spetta quindi al giudice del rinvio verificare se la presentazione di tale prima offerta non fosse viziata da un'irregolarità tale da impedire alla Per Aarsleff di continuare a partecipare, in nome proprio, alla procedura negoziata di cui trattasi.
- 47 Infine, per quanto riguarda la circostanza secondo cui, dopo lo scioglimento del raggruppamento Aarsleff e Pihl, la Per Aarsleff ha riassunto 50 dipendenti della E. Pihl og Søn, tra cui talune figure chiave per la realizzazione del progetto di costruzione di cui trattasi, spetta al giudice del rinvio verificare se la Per Aarsleff abbia in tal modo beneficiato di un vantaggio in termini di concorrenza a scapito degli altri offerenti.

48 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

Sulle spese

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

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

Il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l'articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un'offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall'ente di cui trattasi e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

Firme

* Lingua processuale: il danese.