

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 30 giugno 2016 (1)

Causa C-171/15

Connexion Taxi Services BV
contro
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,
e
Zorgvervoercentrale Nederland BV

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi)]

«Appalti pubblici — Procedura di selezione — Criteri di selezione qualitativi — Cause di esclusione facoltative — Grave errore nell'esercizio dell'attività professionale — Principio di proporzionalità — Poteri discrezionali non menzionati nel documento descrittivo — Portata del sindacato giurisdizionale»

1. Il rinvio pregiudiziale proposto dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) verte, in primo luogo, su uno dei problemi che si presentano con maggiore frequenza nell'ambito dell'interpretazione della direttiva 2004/18/CE (2), vale a dire sui poteri degli Stati membri di escludere determinati offerenti dagli appalti pubblici. Il giudice del rinvio pone anche una questione relativa alla portata del controllo giurisdizionale nei ricorsi a norma della direttiva 89/665/CEE (3).

2. Nel caso presente, uno degli offerenti aveva commesso un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale, condotta che veniva definita nel «documento descrittivo» (4) dell'offerta come motivo di (automatica?) esclusione. Tuttavia, l'amministrazione aggiudicatrice non soltanto ha ammesso tale offerente a partecipare, ma al termine della procedura gli ha aggiudicato l'appalto.

3. La direttiva 2004/18 [in particolare, all'articolo 45, paragrafo 2, lettera d)], permette agli Stati membri di includere facoltativamente detta clausola nelle norme nazionali regolanti gli appalti pubblici. Lo Hoge Raad (Corte suprema) chiede se, nonostante le condizioni inserite nel documento descrittivo, l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere di valutare il comportamento illecito dell'offerente alla luce del principio di proporzionalità e di giungere persino ad eludere il carattere escludente di tale comportamento.

4. Per il caso in cui si ammettesse che l'amministrazione aggiudicatrice dispone di tale potere, il giudice del rinvio chiede quale sia l'intensità del sindacato giurisdizionale sull'accordo adottato. Più precisamente, si chiede se risulti compatibile con il diritto dell'Unione il fatto che, in tali casi, il giudice limiti il proprio controllo ad una valutazione della «ragionevolezza» della decisione amministrativa.

I – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

Direttiva 2004/18

5. L'articolo 45 dispone come segue:

«2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

(...)

d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;

(...))».

6. A tenore dell'articolo 45, paragrafo 2, ultimo comma:

«Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».

Direttiva 89/665

7. L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, si legge:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, 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».

8. L'articolo 2, paragrafo 1, prevede quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice;

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'onori o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione».

B – Normativa nazionale

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (5)

9. L'articolo 45, paragrafo 3, riproduce le cause di esclusione facoltative di cui all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18.

10. Nella «Nota van toelichting» (nota esplicativa) (6) allegata al Bao, si legge che la valutazione se procedere effettivamente all'esclusione, in considerazione dei principi generali stabiliti dalla direttiva

2004/18, deve sempre essere proporzionata e non discriminatoria; le amministrazioni aggiudicatrici valutano caso per caso, in funzione della natura e dell'entità dell'appalto pubblico, del tipo e della gravità dell'errore e delle misure che abbia nel frattempo adottato l'impresa, se quest'ultima debba essere esclusa dalla gara d'appalto.

II – Fatti e questioni pregiudiziali

11. Il 10 luglio 2012, il Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Ministero della Sanità, del Benessere e dello Sport; in prosieguo: il «VWS») ha indetto una gara d'appalto su scala europea per la prestazione di «servizi di trasporto interregionale socio-ricreativo per persone a mobilità ridotta» (in prosieguo: l'«appalto»). L'appalto aveva una durata minima di tre anni e rappresentava un valore di circa EUR 60 000 000 all'anno.

12. Al punto 3.1 («Cause di esclusione e requisiti di idoneità») del documento descrittivo, si indica che «l'offerta alla quale sia applicabile una causa di esclusione non viene presa in considerazione e non è oggetto di un ulteriore esame (di merito)».

13. Il documento descrittivo rinvia all'allegato «Autodichiarazione uniforme per gli appalti» (che deve obbligatoriamente essere allegata all'offerta) per le condizioni richieste agli offerenti.

14. Il documento descrittivo indica che «con la firma dell'autodichiarazione uniforme per gli appalti, l'offerente dichiara che ad esso non sono applicabili cause di esclusione».

15. L'autodichiarazione uniforme rinvia, a sua volta, all'articolo 45 del BAO e precisa quali cause di esclusione facoltative sono applicabili. All'offerente si chiede, tra l'altro, di dichiarare che «né la sua impresa né un suo amministratore ha commesso un grave errore nel quadro della sua attività professionale».

16. Alla procedura di appalto hanno preso parte, tra gli altri, la Connexxion Taxi Services BV (in prosieguo: la «Connexxion») e il raggruppamento di imprese composto dalla Transvision, dalla RMC e dalla ZCN (in prosieguo: il «raggruppamento di imprese»).

17. Con lettera dell'8 ottobre 2012, il VWS ha comunicato alla Connexxion che la sua offerta si era classificata seconda e si intendeva aggiudicare l'appalto al raggruppamento di imprese.

18. Il 20 novembre 2012, la Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autorità olandese garante della concorrenza) ha inflitto alcune ammende alla RMC e al gruppo BIOS, del quale fa parte la ZCN, in applicazione della Mededingingswet (legge sulla concorrenza), per fatti relativi al trasporto in taxi nella regione di Rotterdam, verificatisi nel periodo compreso tra il 17 aprile 2009 e il 1° marzo 2011.

19. Con lettera del 18 febbraio 2013, il VWS ha comunicato alla Connexxion che veniva confermata la decisione di aggiudicare l'appalto al raggruppamento di imprese poiché, nonostante che avesse commesso un «grave errore nell'esercizio dell'attività professionale», la sua esclusione sarebbe stata sproporzionata.

20. La Connexxion ha proposto un ricorso giurisdizionale contro la decisione del VWS, chiedendo che si vietasse allo Stato di aggiudicare l'appalto al raggruppamento di imprese, il quale si è opposto a tale domanda.

21. Il Voorzieningenrechter te Den Haag (giudice per le misure cautelari dell'Aia) ha accolto la richiesta della Connexxion, dichiarando che il VWS, dopo aver accertato la sussistenza di un grave errore professionale da parte del raggruppamento di imprese, non aveva più alcun margine per realizzare un controllo della proporzionalità.

22. Investito di un ricorso di appello, il Gerechtshof Den Haag (Corte d'appello dell'Aia) ha revocato la decisione del giudice cautelare e ha ingiunto allo Stato di aggiudicare l'appalto, se intendeva confermarlo, al raggruppamento di imprese.

23. Secondo il Gerechtshof (Corte d'appello), la direttiva 2004/18 offre agli Stati membri la

discrezionalità di procedere come ha fatto il legislatore olandese, ossia di trasporre integralmente l'articolo 45, paragrafo 2, di detta direttiva nell'articolo 45, paragrafo 3, del Bao e delegare quindi alle amministrazioni aggiudicatrici il compito di specificare ulteriormente i motivi di esclusione.

24. Il Gerechtshof (Corte d'appello) ha sostenuto che, a prescindere dalla questione se le norme dell'Unione europea in materia di aggiudicazione degli appalti richiedano un controllo della proporzionalità, in ogni caso il diritto dell'Unione non lo vieta. Da tale normativa discende inoltre che l'esclusione non deve essere automatica, e che l'amministrazione aggiudicatrice deve esaminare se essa risulti proporzionata.

25. Il Gerechtshof (Corte d'appello) ha aggiunto che la decisione del VWS doveva essere esaminata con riserva, tanto più per il fatto che il grave errore professionale in questione non era stato (ancora) accertato in modo definitivo. La questione centrale è se il VWS potesse ragionevolmente concludere che l'esclusione del raggruppamento di imprese sarebbe stata sproporzionata. Tale organo considera irrilevante il fatto che nel documento descrittivo figurasse quale motivo di eliminazione di un offerente la sussistenza di una causa di esclusione e afferma che la decisione del VWS era in grado di superare il controllo «marginale» (Z) del giudice.

26. Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi), dinanzi al quale è stata impugnata la sentenza di appello, avverte una certa tensione tra, a) da un lato, l'obbligo, imposto ex lege all'amministrazione aggiudicatrice, di sottoporre le cause di esclusione facoltative ad un esame di proporzionalità, per valutare se debbano avere un effetto escludente; e b), dall'altro, il documento descrittivo dell'appalto, in forza del quale devono essere scartate le offerte che contengano una causa di esclusione.

27. Il giudice del rinvio dubita che l'applicazione del criterio di proporzionalità rispetti i principi di uguaglianza, trasparenza e pubblicità, dato che non è stato esplicitamente incluso nel documento descrittivo.

28. Inoltre, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) rileva che, se il giudice dovesse valutare il contenuto della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, in virtù del diritto olandese, il potere del giudice sarebbe circoscritto all'esercizio di un controllo «marginale» di tale decisione, limitato ad accertare se l'amministrazione aggiudicatrice abbia potuto ragionevolmente adottare la sua decisione.

29. In tale contesto, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) solleva due questioni pregiudiziali:

- «1) a) Se il diritto dell'Unione europea, e segnatamente l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, osti a che il diritto nazionale obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se un offerente che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale debba essere effettivamente escluso.
- b) Se al riguardo sia rilevante la circostanza che un'amministrazione aggiudicatrice abbia incluso nelle condizioni della gara d'appalto che un'offerta alla quale è applicabile un motivo di esclusione non viene presa in considerazione e non può essere oggetto di un ulteriore esame di merito.
- 2) In caso di soluzione negativa della prima questione: se il diritto dell'Unione europea osti a che il giudice nazionale non controlli “integralmente” la valutazione basata sul principio di proporzionalità, come quella effettuata da un'amministrazione aggiudicatrice nel caso concreto, ma si limiti ad effettuare un controllo (“marginale”) diretto ad accertare se l'amministrazione in parola abbia potuto ragionevolmente adottare la decisione di non escludere un offerente nonostante questo abbia commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, della direttiva [2004/18]».

III – Sintesi degli argomenti delle parti

A – Sulla prima questione pregiudiziale

30. Secondo la Connexxion, l'amministrazione aggiudicatrice non dispone della discrezionalità di effettuare un esame della proporzionalità dopo aver accertato che l'offerente ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale. Tale valutazione è già stata effettuata quando il comportamento illecito è stato inserito come motivo di esclusione nel documento descrittivo. Considerata la redazione di quest'ultimo, sarebbe contrario ai principi di pubblicità, trasparenza e uguaglianza negli appalti pubblici lasciare all'amministrazione aggiudicatrice il potere discrezionale di valutare la proporzionalità di un motivo di esclusione.

31. Tutte le altre parti esprimono un'opinione contraria. L'inserimento dei motivi di esclusione facoltativi spetta agli Stati membri, che godono di libertà in materia. Nell'ambito di tale libertà, la direttiva 2004/18 non impedisce di subordinare ad un previo esame della proporzionalità l'eliminazione degli offerenti cui si applichi un motivo di esclusione facoltativo. Per quanto riguarda la circostanza che il documento descrittivo annovera il grave errore professionale tra i motivi che giustificano l'esclusione dell'autore della violazione, essa non impedirebbe all'amministrazione aggiudicatrice di applicare la regola generale, ossia di subordinare l'applicazione di tale motivo di esclusione ad un esame di proporzionalità.

B – Sulla seconda questione pregiudiziale

32. La Connexxion sostiene che il giudice deve poter effettuare un controllo integrale sulla decisione amministrativa.

33. Il governo dei Paesi Bassi e il raggruppamento di imprese sostengono la tesi contraria, secondo cui il controllo giurisdizionale dovrebbe limitarsi, in maniera *marginale*, all'esame della ragionevolezza della decisione adottata dall'amministrazione aggiudicatrice.

34. Secondo la Commissione, l'azione giudiziaria deve avere una più ampia portata, dando al giudice la possibilità di analizzare l'esattezza materiale dei fatti e l'assenza di un errore manifesto di valutazione, nonché la correttezza, la completezza e l'attendibilità delle circostanze che costituiscono un supporto alla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

35. Il governo italiano sostiene che spetta al legislatore nazionale stabilire il tipo di controllo da applicare, poiché il diritto dell'Unione non prescrive che l'apprezzamento del giudice nazionale sostituisca integralmente la valutazione di merito compiuta dall'amministrazione aggiudicatrice.

IV – Valutazione

A – Sulla prima questione pregiudiziale, lettera a)

36. Ci si chiede se sia conforme alla direttiva 2004/18 il fatto che uno Stato membro obblighi le amministrazioni aggiudicatrici a subordinare ad un esame della proporzionalità l'eventuale esclusione degli offerenti che abbiano commesso un grave errore nell'esercizio della loro attività professionale.

37. Prima di rispondere a tale domanda è opportuno formulare due precisazioni. Come emerge dalle informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, sia alla data in cui gli offerenti hanno depositato le offerte sia alla data dell'aggiudicazione dell'appalto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (8 ottobre 2012), il raggruppamento di imprese non era stato sanzionato per aver commesso un grave errore. Ciò è avvenuto più tardi (il 20 novembre 2012), quando l'autorità olandese garante della concorrenza ha inflitto determinate sanzioni ad alcuni membri del raggruppamento di imprese per pratiche collusive risalenti ad alcuni anni addietro. Spetta al giudice a quo stabilire se tale sanzione, posteriore alla data di consegna delle offerte e al contratto di aggiudicazione iniziale, possa essere considerata un motivo valido per escludere l'autore della violazione che aveva già presentato la propria offerta (in cui, ovviamente, non veniva menzionato il grave errore, fino a quel momento inesistente in diritto).

38. Se il giudice del rinvio ritiene, nonostante tutto, che la sanzione inflitta all'offerente consenta di qualificare quest'ultimo (8) come l'autore di «un grave errore nell'esercizio della propria attività

professionale», si apre la discussione sull'applicazione di tale motivo di esclusione, vuoi automaticamente, vuoi successivamente al vaglio della sua proporzionalità.

39. La seconda precisazione riguarda l'interpretazione delle norme nazionali, compito che spetta esclusivamente al giudice a quo. Nell'ordinanza di rinvio lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) afferma che «in caso di applicabilità di un motivo di esclusione facoltativo previsto all'articolo 45, paragrafo 3, della decisione, il diritto nazionale obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a stabilire sulla base del principio di proporzionalità se l'offerente di cui trattasi debba essere effettivamente escluso». In tal modo, rispetto all'incidente pregiudiziale e al diritto interno, viene pertanto risolta la questione relativa alla sufficienza del fondamento giuridico dell'«obbligo» di valutare la proporzionalità (e, indirettamente, all'incidenza della Nota esplicativa del Bao).

40. Dopo tali precisazioni, la risposta alla presente questione si deduce senza grandi difficoltà dalla giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore e posteriore alla direttiva 2004/18 (9).

41. Nel periodo di vigenza della direttiva 92/50/CEE (10) (il cui articolo 29 era formulato in termini analoghi all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18), la Corte di giustizia ha sottolineato, nell'ambito della sentenza *La Cascina e a.* (11), che l'applicazione dei casi di esclusione facoltativi è lasciata alla valutazione degli Stati membri, come risulta dall'espressione «può venire escluso dalla partecipazione ad un appalto», che figurava all'inizio dell'articolo 29. Gli Stati membri non possono prevedere cause di esclusione diverse da quelle previste dalla normativa (12); tuttavia, il citato articolo 29 della direttiva 92/50 non prevede un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione in parola (13).

42. Quando era già in vigore la direttiva 2004/18, la Corte di giustizia ha seguito questa stessa linea giurisprudenziale nella sentenza *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (14), il cui punto 35 riprende gli argomenti esposti nella sentenza *La Cascina e a.* (15), nel ribadire che gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18. Quindi, la Corte di giustizia torna a legittimare la facoltà degli Stati membri di attenuare e, se lo desiderano, rendere più flessibili, i criteri di esclusione.

43. Se spetta agli Stati membri definire le cause di esclusione – tra quelle facoltative previste dalla direttiva 2004/18 – che saranno applicabili nel loro ordinamento, è logico ritenere che gli Stati membri abbiano anche il potere di precisare le condizioni o i requisiti per l'applicazione di tali cause. Pertanto, gli Stati potranno configurare tali cause di esclusione con un maggiore o minore grado di rigore, ove nessuna disposizione della direttiva 2004/18 impedisce loro, se decidono in tal senso, di sottoporre ognuna di esse, o soltanto alcune, ad una valutazione o ad un esame della proporzionalità ad casum..

44. Dalla sentenza *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (16) si evince che, tuttavia, l'esercizio di tale potere da parte degli Stati membri non è illimitato. Da un lato, l'Unione attribuisce grande importanza alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, il che la spinge a spianare la strada affinché l'apertura dei bandi di gara sia la più ampia possibile, obiettivo rispetto al quale l'applicazione delle cause facoltative di esclusione potrebbe costituire un ostacolo. E, dall'altro, è legittimo giustificare le cause di esclusione in base ad obiettivi di interesse generale, come la garanzia dell'affidabilità, della diligenza, dell'onestà professionale e della serietà dell'offerente. Per la verifica di tale conflitto d'interessi la Corte applica il principio di proporzionalità.

45. Tale giurisprudenza ha per corollario che una legge nazionale, in base alla quale un'amministrazione aggiudicatrice può escludere gli offerenti che siano stati sanzionati per aver commesso un grave errore in materia professionale solo se ritiene che la loro eliminazione, per tale motivo, sia conforme al principio di proporzionalità, non violi l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, né il diritto dell'Unione.

B – *Sulla prima questione pregiudiziale, lettera b)*

46. Il documento descrittivo dell'appalto non subordina l'esclusione di un offerente che abbia commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale all'esame di proporzionalità. Da tale omissione nasce il dubbio del giudice del rinvio, se sia rilevante, nella

fattispecie, il tenore letterale di detto documento descrittivo.

47. Per rispondere a tale questione dobbiamo partire dalla risposta alla questione precedente: l'esame della proporzionalità ad casum, proiettato sulle cause di esclusione facoltative, è prescritto dalla normativa olandese applicabile agli appalti pubblici (nello specifico, dal Bao) e, inoltre, non è in contrasto con il diritto dell'Unione. Orbene, ci si chiede se debba prevalere la norma che prescrive tale esame in termini generali o, al contrario, l'amministrazione aggiudicatrice sia vincolata da una clausola particolare inserita in un documento descrittivo che, nell'ambito di questa specifica gara d'appalto, esclude l'offerente che abbia commesso una violazione grave.

48. La Corte di giustizia, lo ripeto, non si può sostituire al giudice nazionale nell'interpretazione del diritto interno. Ciononostante, in un'ottica strettamente interna, credo che sia possibile mettere in sintonia la clausola contenuta nel documento descrittivo e la norma di carattere generale. Se così non fosse, staremmo ammettendo, per un caso specifico, una deroga a determinate norme indisponibili, applicabili agli appalti pubblici, attraverso un atto specifico che le disattende.

49. L'«interpretazione conforme» della clausola del documento descrittivo con il fine di adeguare quest'ultimo al Bao è praticabile, senza andare incontro a troppe difficoltà ermeneutiche, se partiamo da una considerazione globale del corpus normativo applicabile agli appalti pubblici. Le cause di esclusione facoltative non operano nel vuoto, ma in una cornice giuridica prestabilita, alla quale devono attenersi; tali clausole produrranno effetti solo se sussistono i presupposti di legge per la loro applicazione. Uno di tali presupposti è che dette clausole vengano valutate dal punto di vista della proporzionalità, quando si tratta di violazioni commesse dagli offerenti.

50. Quando l'amministrazione aggiudicatrice agisce nel rispetto di tale criterio, essa si attiene, senza soluzione di continuità, agli orientamenti generali che disciplinano gli appalti pubblici nei Paesi Bassi, stabiliti dal Bao e dalla Nota esplicativa allegata a quest'ultimo. Ne consegue che, anche se il documento descrittivo non ha previsto espressamente che l'amministrazione aggiudicatrice disponga del potere di valutare la violazione commessa dall'offerente alla luce del principio di proporzionalità, tale potere deve considerarsi implicito.

51. L'ordine contenuto nel paragrafo 3.1 del documento descrittivo («l'offerta cui si applichi una causa di esclusione sarà eliminata»), proprio per il suo carattere seminormativo, deve essere integrato, a mio avviso, con i criteri interpretativi che valgono per tutte le norme giuridiche subordinate, che non possono deviare dalle norme generali che ne costituiscono il fondamento. Se il Bao prevede che, per procedere all'esclusione relativa alla commissione di un grave errore professionale, l'amministrazione aggiudicatrice deve esaminare ciascun caso specifico «in funzione della natura e dell'entità dell'appalto pubblico, del tipo e della gravità dell'errore e delle misure che abbia nel frattempo adottato l'impresa», il silenzio del documento descrittivo in merito all'applicazione, necessaria e su base individuale, del principio di proporzionalità, non può portare ad eludere tale esame.

52. Siffatta tesi viene confermata anche dal punto di vista del diritto dell'Unione. La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle cause di esclusione facoltative, che ha respinto l'applicazione automatica di queste ultime, ribadisce la necessità di procedere alla citata «interpretazione conforme». Dalla sentenza Forposta e ABC Direct Contact (17) si evince che l'automatismo (in ordine all'esclusione dell'offerente responsabile di gravi errori) potrebbe oltrepassare il margine discrezionale conferito agli Stati membri dall'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18.

53. Secondo tale sentenza, si deve anzitutto svolgere una «valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato» (18). A motivo dell'inosservanza di tale criterio, la Corte di giustizia ha considerato contraria al diritto dell'Unione una normativa nazionale che «impone all'amministrazione aggiudicatrice (...) di escludere automaticamente tale operatore dalla procedura di aggiudicazione (...), senza lasciare alla stessa amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, la gravità del comportamento presuntivamente scorretto dell'operatore in parola». Benché le circostanze alla base della causa Forposta e ABC Direct Contact (19) siano diverse da quelle della fattispecie, la linea argomentativa adottata dalla Corte in tale occasione è applicabile a quest'ultima come criterio ermeneutico.

54. In definitiva, alla ragione di ordine interno (la preminenza del Bao in quanto legge generale che disciplina gli appalti pubblici olandesi), la cui valutazione spetta al giudice a quo, si aggiunge la giurisprudenza della Corte di giustizia che è contraria, per principio, ad una valutazione automatica di tale causa di esclusione.

55. Suggestisco quindi di rispondere alla questione pregiudiziale nel senso che la clausola del documento descrittivo non può essere utilizzata per evitare un esame di proporzionalità ad casum della condotta illecita dell'offerente, al fine di escluderlo o meno dall'appalto.

56. Le obiezioni a tale tesi, fondate sui principi di pubblicità, parità di trattamento e trasparenza alle quali hanno fatto riferimento sia il giudice del rinvio sia la Connexxion, citando la sentenza Commissione/CAS Succhi di frutta (20)), pur avendo un certo peso, non riescono a convincermi. A tenore della giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata in tale sentenza (21), tutti gli offerenti sono soggetti alle stesse condizioni, senza distinzioni. Tuttavia, nella specie, l'applicazione del criterio di proporzionalità, oltre ad essere avallata dalle norme generali applicabili agli appalti pubblici nei Paesi Bassi, sarebbe stata ugualmente estesa a tutti gli offerenti incorsi nella medesima causa di esclusione. Avrebbe potuto esistere discriminazione se uno di essi, colpevole di un'analogha violazione grave, fosse stato escluso in maniera automatica, ossia senza lo svolgimento di un previo esame di proporzionalità, a differenza di quanto è accaduto per il raggruppamento di imprese. Ciò però non è avvenuto.

57. A mio avviso, la giurisprudenza di cui fa parte la sentenza Commissione/CAS Succhi di frutta (22) non osta alla soluzione che propongo. Il gioco dei principi di uguaglianza, pubblicità e trasparenza in relazione a determinate clausole del documento descrittivo, che devono essere interpretate alla luce delle norme generali applicabili agli appalti pubblici, non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice valuti se, in un caso specifico, la condotta illecita dell'offerente, esaminata in base al parametro della proporzionalità, gli impedisca effettivamente di essere aggiudicatario dell'appalto al quale aspira e per la cui aggiudicazione ha elaborato un'offerta con condizioni migliori degli altri concorrenti.

58. Nella presente gara d'appalto, in realtà, non sono state modificate né le condizioni né la procedura di selezione, uguali per tutti i concorrenti. L'amministrazione aggiudicatrice ha verificato che le offerte ricevute rispondessero ai criteri applicabili all'appalto (23) e non ha applicato alcuna causa di esclusione che non fosse prevista nel documento descrittivo (24). La circostanza che, al fine di valutare una di tali cause di esclusione, espressamente riprodotta in detto documento, l'amministrazione aggiudicatrice abbia fatto ricorso al criterio della proporzionalità, che non era stato incorporato espressamente in tale documento, ma era prescritto dalla normativa generale dei Paesi Bassi in materia di appalti pubblici (come anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) è, secondo me, compatibile con i principi della parità di trattamento e con il suo corollario, vale a dire la trasparenza delle procedure.

59. È plausibile che la Corte di giustizia insista (da ultimo nella sentenza Pizzo (25)) sul rispetto del capitolato d'oneri o di analoghi documenti di gara, come garanzia dell'uguaglianza degli offerenti. Tuttavia, tale prospettiva presenta alcuni limiti, al pari di tutte le altre, e non si può amplificare l'importanza del capitolato d'oneri (o di analoghi documenti di gara) al punto tale da eludere, automaticamente, i requisiti degli appalti pubblici previsti dalla normativa in materia di appalti pubblici in ciascuno Stato membro. Si osservi che, se così fosse, determinate amministrazioni aggiudicatrici potrebbero essere tentate di omettere, nei loro capitolati d'oneri, taluni requisiti stabiliti per legge dal legislatore nazionale, rispetto ai quali non siano d'accordo o che, semplicemente, preferiscano eludere (perfino a vantaggio di un potenziale aspirante), con la certezza che i capitolati d'oneri così redatti saranno, in pratica, inattuabili. Se è importante mantenere l'uguaglianza tra gli offerenti, è altrettanto importante che questi, e la stessa amministrazione aggiudicatrice, non siano esenti dall'applicazione delle regole e dei criteri generali che, in ciascuno Stato membro, disciplinano tale materia. Una di tali regole è, appunto, il criterio della proporzionalità applicabile alla causa di esclusione oggetto della presente controversia.

60. Ritengo che, sebbene non la menzioni espressamente, il giudice del rinvio chieda alla Corte di giustizia un'interpretazione della direttiva 89/665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

61. Gli Stati membri devono garantire che gli interessati dispongano di mezzi di ricorso adeguati per esercitare un'azione in giudizio con efficacia e rapidità contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici (quando si tratta, ovviamente, di contratti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18), qualora dette decisioni abbiano violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto nell'ordinamento interno. Questo è, in definitiva, lo scopo della direttiva 89/665.

62. L'analisi che intendo sviluppare affronterà innanzi tutto la questione se la direttiva 89/665 – e la giurisprudenza che l'ha interpretata – fornisca orientamenti utili per determinare il grado, o l'intensità, del controllo con cui gli organi di ricorso dovrebbero vagliare le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. Se tali orientamenti esistono, dovranno quindi essere messi a confronto con gli orientamenti vigenti nel diritto olandese, cui si riferisce il giudice del rinvio.

63. Un secondo passo consisterà nel chiarire se l'intensità del controllo giurisdizionale debba mantenersi costante nei due scenari processuali contemplati dall'articolo 2 della direttiva 89/665, ossia: a) la procedura di urgenza, che permette di adottare provvedimenti cautelari nella fase che precede la conclusione del contratto, e b) le restanti procedure di ricorso, intese ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo di aggiudicazione e il risarcimento del danno. Nella presente causa (26), la Connexion ha impugnato la decisione di aggiudicazione adottata dal VWS a favore del raggruppamento di imprese, chiedendo al Voorzieningenrechter te Den Haag (giudice cautelare dell'Aia) di revocarla. Tale ricorso si inquadra, pertanto, nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665.

64. Dedicherò un'ultima riflessione a verificare se, date le circostanze del procedimento principale, si possa affermare – come sostiene il governo dei Paesi Bassi – che il controllo giurisdizionale eseguito dai giudici, rispettivamente, di primo grado e di appello, sia stato adeguato al livello di controllo richiesto dalla direttiva 89/665.

1. L'intensità del controllo giurisdizionale sulle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici

65. In materia di appalti pubblici si avverte la stessa tendenza che possiamo osservare in altre aree del diritto pubblico europeo: se la Corte di giustizia, inizialmente, si limitava a rinviare all'autonomia processuale degli Stati membri e di utilizzare, come correttivo, i principi di equivalenza e di effettività, quali requisiti minimi imposti ai sistemi nazionali di controllo giurisdizionale nelle controversie riguardanti il diritto dell'Unione, a poco a poco le esigenze inerenti alla tutela o «protezione giudiziaria» si stanno imponendo, perché, parallelamente, aumenti l'intensità di tale controllo (27).

66. Tale tendenza, come è logico, è più accentuata nei settori in cui il legislatore dell'Unione ha adottato norme di armonizzazione proprio in relazione al controllo giurisdizionale di determinate decisioni delle autorità nazionali. Ciò avviene, in particolare, nell'ambito degli appalti pubblici, poiché la direttiva 89/665, con le sue successive modificazioni, ha espresso la consapevolezza che la normativa comunitaria sarebbe rimasta «lettera morta» senza la previsione di meccanismi di ricorso non solo armonizzati, ma anche effettivi, attraverso i quali venga salvaguardata l'osservanza delle norme applicabili. Tali meccanismi hanno lo scopo non soltanto di tutelare i diritti degli offerenti, ma anche di migliorare il sistema degli appalti pubblici nel suo insieme, la cui rilevanza economica per il mercato interno va sempre sottolineata.

67. Non sorprende quindi che sia l'ordinanza di rinvio, sia le osservazioni delle parti, abbiano citato ripetutamente le sentenze HI (28) e Croce Amica One Italia (29), in cui la Corte di giustizia si è pronunciata sulla portata dei poteri del giudice di sindacare l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice.

68. Nella prima delle sentenze citate, la Corte di giustizia ha dichiarato che la direttiva 89/665 osta a una normativa nazionale che limiti il controllo «sulla legittimità della revoca di un bando di gara al

mero esame del carattere arbitrario di tale decisione» (30). Nella sentenza Croce Amica One Italia (31), la Corte, riprendendo il filo del ragionamento nel punto in cui lo aveva lasciato nella citata sentenza HI, ha ricordato che il controllo di legittimità non può limitarsi al carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice e ha fatto un ulteriore passo in avanti, indicando che il legislatore nazionale può attribuire ai giudici nazionali competenti il potere di esercitare un controllo in materia di opportunità.

69. Su questa stessa linea, il presente rinvio pregiudiziale offre alla Corte di giustizia l'occasione di acclarare se un controllo puramente «marginale» (questa è l'espressione utilizzata dal giudice a quo) soddisfi le condizioni della direttiva 89/665. Il giudice del rinvio non descrive con chiarezza gli elementi del sistema di controllo «marginale», e dall'ordinanza di rinvio si deduce che il giudice olandese limiterebbe il proprio sindacato ad accertare unicamente la «ragionevolezza» della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

70. In base ad un primo approccio, quasi intuitivo, si potrebbe pensare che, se questo è il sistema generale di controllo giurisdizionale degli atti amministrativi vigente nei Paesi Bassi (applicabile non soltanto in materia di appalti pubblici ma anche in altre aree del diritto pubblico) l'autonomia processuale di tale Stato membro dovrebbe prevalere, salvo che una norma di armonizzazione obbligasse il giudice a svolgere un controllo «completo» e non soltanto «marginale».

71. Fatte salve le ulteriori considerazioni che esporrò in relazione al procedimento cautelare, ritengo, nondimeno, che un controllo giurisdizionale che, in tale materia, si limitasse a valutare la «ragionevolezza» della decisione con cui viene aggiudicato un appalto, non risulterebbe conforme all'articolo 2 della direttiva 89/665. Come sottolinea la sentenza Alcatel Austria e a. (32), i meccanismi di impugnazione devono garantire l'applicazione effettiva delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici, «in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate». La procedura di ricorso deve consentire al ricorrente, in presenza delle relative condizioni, «di ottenere l'annullamento di tale decisione (...) indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni dopo la conclusione del contratto». Il mero esame della ragionevolezza non garantisce che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice si attenga strettamente alle norme specifiche in materia appalti pubblici.

72. Un'amministrazione aggiudicatrice potrebbe adottare, in linea di principio, varie soluzioni altrettanto «ragionevoli», che non perderebbero tale qualità per il fatto che la preferenza ricada, da ultimo, su una sola di esse, vale a dire, su quella che risulti più conforme ai termini del bando di gara. L'esame del giudice che si limiti a verificare la «ragionevolezza» di un atto non è, in definitiva, qualitativamente diverso da quello che consente ad un giudice di affermare che l'atto non ha carattere arbitrario. Si tratterebbe di un grado di controllo vicino a quello respinto dalla sentenza HI (33), che limitava il giudizio all'accertamento del carattere arbitrario della decisione impugnata.

73. Da parte mia, ritengo che il controllo giurisdizionale imposto dalla direttiva 89/665 debba comprendere qualcosa in più per meritarsi tale appellativo. L'esame del giudice non può esaurirsi con la semplice valutazione della «ragionevolezza» degli atti impugnati, tanto più che questi ultimi devono attenersi ad una normativa dettagliata, che prevede aspetti formali e sostanziali. Il giudice investito di un ricorso in tale materia dovrà valutare se l'aggiudicazione contestata abbia rispettato o meno le regole relative alla gara d'appalto e se la candidatura dell'offerente prescelto resista all'analisi critica svolta dai suoi concorrenti nel ricorso. Siffatta valutazione implicherà, in molti casi, la verifica dei fatti determinanti (che l'amministrazione potrebbe aver travisato), nonché delle prove fornite in relazione ai maggiori o minori meriti di alcune candidature rispetto ad altre; si dovrà altresì valutare se l'atto amministrativo sia stato debitamente motivato e se risponda o meno agli obiettivi che lo giustificano (in altri termini, se vi siano indizi di sviamento di potere) e agli altri standard giuridici che lo disciplinano. La ponderazione di tutti gli elementi di giudizio, che ogni giudice preposto al controllo degli atti amministrativi è abituato a realizzare, va oltre, lo ripeto, la mera valutazione della «ragionevolezza» dell'atto impugnato, per addentrarsi in ambiti, di fatto e di diritto, più «tecnici», e normalmente più complessi.

74. Sono quindi dell'opinione che, se inteso nel senso di cui al precedente paragrafo, un controllo puramente «marginale» delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, che si limiti a valutare la

«ragionevolezza» di tali atti, come quello descritto dal giudice a quo, non sarebbe conforme all'imperativo del controllo giurisdizionale contemplato dalla direttiva 89/665. Orbene, ci si chiede se tali considerazioni siano applicabili alla fase cautelare dei ricorsi presentati contro dette decisioni.

2. Il controllo giurisdizionale nell'ambito del procedimento cautelare

75. Come ho già indicato, il procedimento di primo grado verteva sull'atto del VWS che ha selezionato il contraente, mentre l'azione avviata dinanzi al Voorzieningenrechter te Den Haag (giudice cautelare dell'Aia) riguardava una domanda di provvedimenti urgenti (34). Pertanto, la controversia si collocava specificamente nel quadro della tutela cautelare prevista dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665. Il sistema olandese (35) separa le competenze degli organi giurisdizionali a seconda che venga esercitata un'azione diretta all'adozione di provvedimenti urgenti oppure che si contesti la decisione amministrativa con argomenti di merito (36).

76. La presenza del fattore relativo ai provvedimenti di urgenza o provvisori potrebbe rilevare ai fini della risposta alla seconda questione pregiudiziale: l'intensità del controllo giurisdizionale sulle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici non deve essere uguale nel procedimento cautelare e nel procedimento diretto a decidere, in maniera definitiva, sul merito della controversia. Nel primo caso, la conoscenza della causa da parte del giudice è, di norma, limitata (37). tanto vero che la sua decisione è spesso priva dell'effetto di cosa giudicata e può venire modificata, successivamente, nel procedimento ordinario.

77. La peculiare posizione del giudice cautelare, considerata dalla prospettiva della direttiva 89/665, implica quindi che detti provvedimenti sono adottati dal giudice con carattere provvisorio, in attesa che la controversia venga risolta in maniera definitiva, e che con tali provvedimenti «non [si] accerta[no] in modo definitivo i rapporti giuridici». (38) Se a ciò si aggiunge la possibilità che nel procedimento di urgenza si realizzi un'interpretazione della direttiva 2004/18 che, successivamente «il giudice di merito qualifichi errata», (39) si deduce che la domanda di provvedimenti provvisori, di per sé, è considerata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia soltanto come un preliminare del procedimento successivo e che soltanto quest'ultimo sarebbe destinato a concludersi con una decisione di merito, perché sia possibile, una volta conosciuta l'intera portata della controversia, definire pienamente i rapporti giuridici in questione.

78. Solo nella fase di merito del procedimento, e non in quella preliminare, sarebbe pienamente esigibile il livello del controllo giurisdizionale cui mi sono riferito in precedenza. Il giudice cautelare potrebbe quindi non realizzare l'esame dell'atto amministrativo de quo con la stessa intensità del giudice chiamato a statuire sul merito della controversia. Sarebbe ammissibile che, in pratica, il giudice cautelare realizzasse una mera valutazione della ragionevolezza delle richieste in conflitto e dello stesso atto di aggiudicazione, analoga a quella applicata ad altre modalità del procedimento cautelare (valutazione del *fumus boni iuris*, del *periculum in mora* e ponderazione degli interessi contrapposti).

79. Tale linea argomentativa che, secondo il mio parere, è utile, in linea di principio, per fornire una risposta al giudice del rinvio, potrebbe tuttavia scontrarsi con un dato di fatto che non possiamo ignorare, e cioè che, in base ai dati disponibili sulla prassi olandese (40), la stragrande maggioranza dei casi (circa il 92% dei ricorsi in materia di appalti pubblici presentati tra il 2004 e il 2009) si risolve nella fase cautelare, in cui i ricorrenti chiedono l'adozione di provvedimenti urgenti per evitare che il contratto giunga alla firma. Nella prassi processuale dei Paesi Bassi, la decisione che dispone provvedimenti urgenti suole essere «la pronuncia unica e definitiva nelle controversie» in materia di appalti pubblici (41).

80. Se questa fosse la reale situazione dei procedimenti di ricorso nei Paesi Bassi, il giudice cautelare olandese diventerebbe il garante praticamente unico e ultimo del sistema giurisdizionale di risposta alle impugnazioni degli atti delle amministrazioni aggiudicatrici presentate a norma della direttiva 89/665. In tal modo risulterebbero affievolite le differenze che, in teoria, separano le fasi cautelare e definitiva di detti ricorsi.

81. In tali condizioni, risulterebbe indebolito il controllo integrale delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, che spetta agli organi giurisdizionali; tale controllo verrebbe sostituito

da un giudizio meramente «marginale» che è caratteristico dei giudici dei provvedimenti urgenti. I meccanismi di ricorso ne beneficerebbero probabilmente in termini di efficacia e rapidità ma al contempo perderebbero la capacità di reagire ad eventuali irregolarità, di qualsiasi genere, delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, che esulerebbero all'esame obbligatorio cui devono essere sottoposte in forza della direttiva 89/665. In altri termini, tale direttiva non verrebbe integralmente rispettata.

3. Il controllo giurisdizionale operato nel procedimento principale

82. Gli argomenti esposti finora servono per rispondere alla seconda questione pregiudiziale in termini piuttosto astratti, in sintonia con il tenore della questione formulata dal giudice. Un'analisi dettagliata delle vicissitudini del procedimento principale rivela, tuttavia che, tanto l'opera di revisione del giudice cautelare quanto l'esame del *Gerechtshof Den Haag* (Corte d'appello dell'Aia) hanno superato, a mio avviso, il livello «marginale» del controllo giurisdizionale, se intendiamo tale aggettivo nel senso esaminato poc'anzi.

83. In effetti, il giudice cautelare non si è limitato a considerare la maggiore o minore ragionevolezza della decisione del VWS, ma ha confrontato quest'ultima con il diritto «positivo» applicabile agli appalti pubblici (in particolare, con il documento descrittivo, cui ha dato la preferenza) per concludere che si doveva escludere l'aggiudicatario selezionato. Quanto poi al giudice d'appello, concordo con il governo dei Paesi Bassi (42) ove sostiene che il controllo esercitato da tale giudice è stato «completo», in quanto «ha preso in considerazione tutti gli aspetti in base ai quali il Ministero aveva deciso di non procedere all'esclusione definitiva» del raggruppamento di imprese, dopo aver interpretato – in senso opposto all'interpretazione data dal giudice dei provvedimenti di urgenza – il corpus normativo applicabile.

84. Se fosse così, la seconda questione pregiudiziale potrebbe essere considerata meramente ipotetica (poiché porrebbe un quesito circa la legittimità di un controllo «marginale» che, in realtà, non ha avuto luogo nei due precedenti gradi del procedimento), o, in alternativa, meriterebbe una risposta negativa, soluzione che propongo, mitigata dal riferimento particolare alle circostanze del processo in corso dinanzi ai giudici olandesi. Dai dati forniti nel presente procedimento pregiudiziale non si può dedurre che il controllo giurisdizionale svolto dai giudici intervenuti nel procedimento principale si sia limitato ad una valutazione di tal genere.

V – Conclusione

85. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di risolvere nei termini seguenti le questioni pregiudiziali sollevate dall'*Hoge Raad der Nederlanden* (Corte suprema dei Paesi Bassi):

- «1) L'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non osta ad una normativa nazionale come quella controversa nel presente procedimento, in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve applicare il principio di proporzionalità al fine di escludere un offerente che abbia commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale, anche nel caso in cui il documento descrittivo dell'appalto non preveda espressamente tale facoltà.
- 2) Gli articoli 1 e 2 della direttiva 89/665/CE 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, ostano ad una normativa o ad una prassi generalizzata nazionale che limiti la portata delle procedure di ricorso al controllo della mera ragionevolezza delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici».

¹ Lingua originale: lo spagnolo.

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114) (in prosieguo: la «direttiva 2014/18»).

3– Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU 2007, L 335, pag. 31) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»), applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie.

4– L'espressione «documento descrittivo» compare nella direttiva 2004/18 unitamente, a seconda dei casi, al «bando di gara» (articolo 29) o al «capitolato d'oneri» e ad «altri documenti complementari» (articolo 40).

5– Decreto recante disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; in prosieguo: il «Bao». Al momento dell'aggiudicazione dell'appalto che è oggetto della lite non era ancora entrata in vigore la *Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen* (legge sugli appalti pubblici del 1° novembre 2012).

6– In risposta a una domanda della Corte di giustizia, il governo olandese ha affermato che la Nota non fa parte del testo del Bao, benché sia pubblicata unitamente a quest'ultimo nella medesima Gazzetta ufficiale. La Nota riflette, allo stesso modo di una relazione introduttiva, i motivi esplicativi del testo approvato. Pur non essendo giuridicamente vincolante, la Nota «riveste un significato importante e pertinente dal punto di vista giuridico al fine di interpretare la normativa».

7– Nella traduzione in lingua spagnola si usa l'aggettivo «sumario» (sommario), mentre nell'originale in lingua neerlandese si utilizza il termine «marginale» (marginale). Impiegherò quest'ultimo termine, che compare nella questione pregiudiziale.

8– A mio avviso, fino al momento dell'imposizione della sanzione l'operatore economico beneficia della presunzione di innocenza e non potrebbe essere qualificato come autore di un grave errore, persino qualora i fatti costitutivi dell'infrazione che ha commesso (che tuttavia non sono stati ancora dichiarati come tali) fossero anteriori alla data dell'invito a presentare offerte.

9– Nell'ordinanza di rinvio e nelle osservazioni delle parti si cita, quale criterio ermeneutico supplementare, il considerando 101 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 (GU 2014, L 94, pag. 65), in cui si indica che, nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Benché la direttiva 2014/24 non sia applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, il suo preambolo riflette la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

10– Direttiva del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1).

11– Sentenza del 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04 (EU:C:2006:94, punti 21 e 23).

12– Punto 22.

13– Punto 23: «gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione,

optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di alleviare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti dall'art. 29 della direttiva».

14– Sentenza del 10 luglio 2014, C-358/12 (EU:C:2014:2063).

15– Sentenza del 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04 (EU:C:2006:94).

16– Sentenza del 10 luglio 2014, C-358/12 (EU:C:2014:2063), punti 29, 31 e 32.

17– Sentenza del 13 dicembre 2012, C-465/11 (EU:C:2012:801).

18– Sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), punto 31.

19– Sentenza del 13 dicembre 2012, C-465/11 (EU:C:2012:801).

20– Sentenza del 29 aprile 2004, C-496/99 P (EU:C:2004:236).

21– Sentenza del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236), punti da 108 a 111. Per la Corte di giustizia «il principio di parità di trattamento degli offerenti (...) implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto (...) e impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori».

22– Sentenza del 29 aprile 2004, C-496/99 P (EU:C:2004:236). In tale causa si discuteva di una situazione in cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva alterato l'economia generale dell'appalto, modificando unilateralmente una delle condizioni dello stesso, considerata essenziale in quanto, se presente nel bando di gara, avrebbe consentito agli offerenti di presentare un'offerta sostanzialmente differente. Tuttavia nel caso ora sottoposto all'esame della Corte di giustizia non accade niente di simile.

23– V. la sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, (C-42/13, EU:C:2014:2345), punto 44, in cui si cita la sentenza emessa nella causa Commissione/CAS Succhi di Frutta (sentenza del 29 aprile 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236), punti da 108 a 111.

24– A differenza di quanto è accaduto nella causa Pizzo (sentenza del 2 giugno 2016, C-27/15, EU:C:2016:404).

25– Sentenza del 2 giugno 2016, C-27/15 (EU:C:2016:404).

26 – V. paragrafi 20 e 21 delle presenti conclusioni.

27– La dottrina degli ultimi anni offre abbondanti riflessioni su tale argomento. Per una descrizione aggiornata dello status quaestionis, v. Jans, J.H., Prechal, S. e Widdershoven R.J.G.M., *The Europeanisation of Public Law*, 2^a ed., Groningen, 2015, pagg. 399 e segg.

28– Sentenza del 18 giugno 2002, C-92/00 (EU:C:2002:379).

29– Sentenza dell'11 dicembre 2014, C-440/13 (EU:C:2014:2435).

30– Sentenza del 18 giugno 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379), punto 64. Secondo la Corte di giustizia, in considerazione dell'obiettivo di rafforzare i mezzi di ricorso, perseguito dalla direttiva 89/665, e in assenza di indicazioni contrarie, la portata del controllo giurisdizionale da esercitare nell'ambito delle procedure di ricorso ivi previste non può essere interpretata restrittivamente.

31– Sentenza dell'11 dicembre 2014, C-440/13 (EU:C:2014:2435).

32– Sentenza del 28 ottobre 1999, C-81/98 (EU:C:1999:534), punti 33 e 43.

33– Sentenza del 18 giugno 2001, C-92/00 (EU:C:2002:379).

34– Così risulta esplicitamente dal punto 3.2.1. dell'ordinanza di rinvio.

35– Nella sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:751), punto 51, come anche nelle conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón che l'hanno preceduta (C-568/08, EU:C:2010:515), si analizza il diritto olandese applicabile all'epoca. Nel punto 11 della sentenza si indica che, in base al diritto olandese vigente «l'aggiudicazione di appalti pubblici è disciplinata dal diritto privato, l'aggiudicazione di un appalto pubblico costituisce un atto di diritto privato e le decisioni preliminari all'aggiudicazione di un appalto pubblico adottate dagli organi amministrativi sono considerate come atti preparatori di diritto privato. Il giudice civile è competente per le controversie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici relativamente sia all'adozione di provvedimenti d'urgenza sia al giudizio di merito. La competenza del giudice amministrativo è esclusa, salvo che una legge disponga altrimenti». All'udienza il governo dei Paesi Bassi ha riconosciuto che la successiva approvazione della *Wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden* (legge di recepimento della direttiva in materia di ricorsi, del 28 gennaio 2010) non ha modificato tale quadro normativo nelle parti essenziali.

36– Hebly, Jan M, e Folkert, Wilman G.: «Damages for breach of procurement law: The Dutch situation», pagg. 75-88, nell'opera *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve Ducan e Lichère, François (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2011.

37– Nella sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C-568/08, EU:C:2010:751), punto 77, la Corte di giustizia ha dichiarato: «non può essere escluso che il giudice dei provvedimenti d'urgenza e il giudice di merito, aditi in successione nella medesima controversia,

interpretino in modo divergente alcune norme del diritto dell'Unione vigenti. Da un lato, il giudice dei provvedimenti d'urgenza è chiamato a pronunciare una decisione nell'ambito di un procedimento sommario nel quale sia la raccolta delle prove sia l'esame dei motivi delle parti sono necessariamente più sommari che nell'ambito del giudizio di merito. Dall'altro, l'intervento del giudice dei provvedimenti d'urgenza, contrariamente a quello del giudice di merito, non è diretto a decidere in via definitiva riguardo alle domande sottopostegli, bensì a tutelare in via provvisoria gli interessi in gioco, se del caso procedendo a una loro ponderazione».

38 Sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C 568/08, EU:C:2010:751), punto 77.

39 Sentenza del 9 dicembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e a.* (C 568/08, EU:C:2010:751), punto 80.

40– Prendo tali cifre dal rapporto sugli appalti pubblici nei Paesi Bassi, redatto da Van de Meent, Gert-Wim & Manunza Elisabetta R., in *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes*. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014, Congress Publications, vol. 3. DJOF Publishing, pagg. 641 e segg., Copenhagen, 2014. Gli autori, a loro volta, citano quale fonte di informazione, *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland: 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, Final report, June 2010, Van Doorne NV / Ministry of Economic Affairs.

41– *Ibidem*, nota 131: «In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict».

42– Punto 56 delle osservazioni scritte.