Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ELEANOR SHARPSTON
presentate il 28 aprile 2016[1]

Cause riunite C-439/14 e C-488/14

SC Star Storage SA
contro
Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)
[domanda di pronuncia pregiudiziale della Curtea de Apel București (Corte d'appello di Bucarest, Romania)]
e
SC Max Boegl România SRLSC UTI Grup SAAstaldi SpA
SC Construcții Napoca SA
contro
RA Aeroportul Oradea
SC Porr Construct SRL
Teerag-Asdag Aktiengesellschaft
SC Col-Air Trading SRL
AVZI SA
Trameco SA
Iamsat Muntenia SA

[domanda di pronuncia pregiudiziale della Curtea de Apel Oradea (Corte d'appello di Oradea, Romania)]

«Appalto pubblico — Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE — Normativa nazionale che richiede una "garanzia di buona condotta" per avere accesso alle procedure di ricorso — Autonomia procedurale degli Stati membri — Principi di equivalenza ed effettività — Articoli 47 e 52 della Carta — Diritto a un ricorso effettivo — Limitazione — Proporzionalità»

1. Nell'ambito delle presenti cause, la Curtea de Apel București (Corte d'appello di Bucarest, Romania) e la Curtea de Apel Oradea (Corte d'appello di Oradea, Romania) chiedono essenzialmente alla Corte di chiarire se il diritto dell'Unione osti a che uno Stato membro richieda a un ricorrente la costituzione di una «garanzia di buona condotta» al fine di accedere alle procedure di ricorso contro le decisioni in materia di appalti pubblici emanate dalle amministrazioni aggiudicatrici. In base alla normativa nazionale oggetto del procedimento principale, le amministrazioni aggiudicatrici trattengono la garanzia di buona condotta ove il soggetto competente a riesaminare le loro decisioni respinga il ricorso o il ricorrente vi abbia rinunciato.

2. I rinvii pregiudiziali vertono quindi sul campo di applicazione del diritto a un ricorso effettivo nell'ambito degli appalti pubblici, diritto che non solo è sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), ma trova anche espressione concreta nelle direttive dell'Unione che disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Fino

1 — Lingua originale: l'inglese.

a che punto gli Stati membri possono subordinare l'impugnazione delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici a requisiti finanziari al fine di ridurre il rischio di ricorsi pretestuosi, ossia di ricorsi destinati con ogni probabilità ad essere respinti e il cui unico obiettivo è quello di ostacolare la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico?

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. Il primo comma dell'articolo 47 della Carta stabilisce che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in detto articolo. In base all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti da essa riconosciuti devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

4. In base al terzo considerando della direttiva 89/665/CEE del Consiglio [2], l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza dell'Unione rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione. Occorre che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto.

5. L'articolo 1 della direttiva 89/665, recante il titolo «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso» dispone quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE (...) [[3]], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

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 [dell'Unione] in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto [dell'Unione] e le altre norme nazionali.

2 — 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).

3 — 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).

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.

(…)».

6. Il quinto considerando della direttiva 92/13/CEE del Consiglio [4] afferma che l'apertura alla concorrenza dell'Unione degli appalti pubblici dei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali richiede che siano messe a disposizione di fornitori o imprenditori procedure di ricorso in caso di violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto.

7. I primi tre paragrafi dell'articolo 1 della direttiva 92/13, recante il titolo «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso» corripondono essenzialmente ai primi tre paragrafi dell'articolo 1 della direttiva 89/665 [5].

Diritto rumeno

8. A norma dell'articolo 43 bis del decreto legge n. 34/2006 relativo all'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006; in prosieguo: l'«OUG n. 34/2006»), ogni potenziale offerente deve costituire una garanzia (la «garanzia di partecipazione») per partecipare alla procedura in tutti i casi in cui l'OUG n. 34/2006 richieda all'amministrazione aggiudicatrice di pubblicare un bando di gara o un invito alla partecipazione. La garanzia di partecipazione, che può rappresentare sino al 2% del valore stimato dell'appalto, è volta a proteggere l'amministrazione aggiudicatrice dal rischio di un comportamento scorretto dell'offerente durante l'intera fase che precede la conclusione del contratto.

9. In base all'articolo 256, paragrafo 1, dell'OUG n. 34/2006, la parte che si considera lesa ha diritto di rivolgersi al Consiglio nazionale per la risoluzione delle controversie (Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor; in prosieguo: il «CNSC»). A norma dell'articolo 281, paragrafo 1, le decisioni del CNSC possono essere impugnate con ricorso all'autorità giurisdizionale.

10. L'articolo 278, paragrafo 1, dell'OUG n. 34/2006 stabilisce che il CNSC o l'autorità giurisdizionale competente si pronuncia innanzitutto sulle eccezioni di rito e di merito. Se constata che queste sono fondate, non procede all'analisi del merito della controversia.

11. L'articolo 278 bis dell'OUG n. 34/2006 stabilisce che l'amministrazione aggiudicatrice trattiene una parte della garanzia di partecipazione qualora il CNSC o il giudice competente abbia respinto nel merito il ricorso proposto dall'offerente o qualora l'offerente abbia rinunciato ad esso.

4 — 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 (GU 1992, L 76, pag. 14).

5 — Fermo restando che l'articolo 1 della direttiva 92/13 rimanda alla 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), piuttosto che alla direttiva 2004/18.

12. Il decreto legge n. 51/2014 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014; in prosieguo: l'«OUG n. 51/2014») ha abrogato l'articolo 278 bis dell'OUG n. 34/2006 introducendo nella normativa de qua le seguenti disposizioni [6]:

«Articolo 271 bis

1. Al fine di salvaguardare l'amministrazione aggiudicatrice dal rischio di un eventuale comportamento scorretto, il ricorrente ha l'obbligo di costituire una garanzia di buona condotta per l'intero periodo compreso tra la data di deposito del ricorso/istanza/reclamo e la data in cui è divenuta definitiva la decisione del [CNSC]/sentenza dell'autorità giurisdizionale competente.

2. [Il ricorso] è respinto nel caso in cui il ricorrente non fornisca la prova della costituzione della garanzia prevista al paragrafo 1.

3. La garanzia di buona condotta viene costituita attraverso bonifico bancario o mediante uno strumento di garanzia emesso secondo le condizioni di legge da un istituto bancario o da una società assicurativa, e viene depositata, in originale, presso la sede dell'amministrazione aggiudicatrice e, in copia, presso il [CNSC] o l'autorità giurisdizionale, contestualmente al deposito del [ricorso].

4. L'ammontare della garanzia di buona condotta è stabilito in rapporto al valore stimato dell'appalto da aggiudicare, secondo le modalità seguenti:

a) 1% del valore stimato, se questo è inferiore alle soglie di valore previste all'articolo 55, paragrafo 2, lettere a) e b); [7]

b) l'1% del valore stimato, se questo è inferiore alle soglie di valore previste all'articolo 55, paragrafo 2, lettera c) [8] ma non superiore all'equivalente in RON di EUR 10 000, secondo il tasso di cambio (…) corrente alla data di costituzione della garanzia;

c) l'1% del valore stimato, se questo è uguale o superiore alle soglie di valore previste all'articolo 55, paragrafo 2, lettere a) e b), ma non superiore all'equivalente in RON di EUR 25 000, secondo il tasso di cambio (…) corrente alla data di costituzione della garanzia;

d) l'1% del valore stimato, se questo è uguale o superiore alle soglie di valore previste all'articolo 55, paragrafo 2, lettera c), ma non maggiore dell'equivalente in RON di EUR 100 000 secondo il tasso di cambio (...) corrente alla data di costituzione della garanzia.

5. La garanzia di buona condotta deve avere un periodo di validità di almeno 90 giorni, essere irrevocabile e prevedere il pagamento incondizionato a prima richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, qualora [il ricorso] venga respinto.

6. Nel caso in cui, all'ultimo giorno di validità della garanzia di buona condotta, la decisione del [CNSC] o la sentenza dell'autorità giurisdizionale non sia divenuta definitiva, e il ricorrente non abbia prolungato la validità della garanzia di buona condotta alle condizioni di cui ai paragrafi da 1 a 5, l'amministrazione aggiudicatrice trattiene la garanzia di buona condotta. Le disposizioni di cui all'articolo 271 ter, paragrafi da 3 a 5, si applicano di conseguenza.

(…)

6 — In prosieguo, mi riferirò a tali disposizioni con l'espressione «disciplina originaria».

7 — L'articolo 55, paragrafo 2, lettere a) e b), dell'OUG n. 34/2006 riguarda gli appalti pubblici di forniture e servizi.

8 — L'articolo 55, paragrafo 2, lettera c), dell'OUG No 34/2006 riguarda gli appalti pubblici di lavori.

Articolo 271 ter

1. Nel caso in cui il ricorso venga respinto dal [CNSC] o dall'autorità giurisdizionale, qualora il ricorrente si sia rivolto direttamente a quest'ultima, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di trattenere la garanzia di buona condotta a far data dal momento in cui la decisione del [CNSC]/sentenza dell'autorità giurisdizionale sia divenuta definitiva. Tale ritenuta si applica ai lotti per cui il ricorso è stato respinto.

2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 si applicano anche nel caso in cui il ricorrente rinunci al [ricorso].

3. La misura prevista al paragrafo 1 non trova applicazione nel caso in cui il [CNSC]/autorità giurisdizionale rigetti il ricorso in quanto privo di oggetto o nel caso di rinuncia al [ricorso] in seguito all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, delle misure correttive necessarie, ai sensi dell'articolo 256 quater, paragrafo 1.

4. Qualora il [CNSC] accolga il ricorso, ovvero l'autorità giurisdizionale accolga il ricorso contro la decisione del [CNSC] di rigetto del ricorso, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di restituire al ricorrente la garanzia di buona condotta entro 5 giorni dalla data in cui la decisione/sentenza è divenuta definitiva.

5. Qualora il ricorrente adisca direttamente l'autorità giurisdizionale e questa accolga il ricorso, si applicano mutatis mutandis le disposizioni di cui al paragrafo 4.

6. Le somme percepite dall'amministrazione aggiudicatrice in esecuzione della garanzia di buona condotta costituiscono entrate della stessa».

13. In risposta a una richiesta di chiarimenti della Corte, i giudici del rinvio hanno confermato che, in una sentenza emanata il 15 gennaio 2015, la Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania) aveva dichiarato incostituzionale l'articolo 271 ter, paragrafi 1 e 2, dell'OUG n. 34/2006. La Corte costituzionale era pervenuta alla suddetta conclusione basandosi essenzialmente sul fatto che le disposizioni in parola imponevano all'amministrazione aggiudicatrice di trattenere la garanzia di buona condotta in caso di rigetto o rinuncia al ricorso, senza riconoscere al CNSC o al giudice chiamato a pronunciarsi sul ricorso alcuna flessibilità nel prendere in considerazione la condotta del ricorrente. Solo condotte inappropriate giustificherebbero la perdita della garanzia di buona condotta. Il 4 novembre 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale, con motivazioni essenzialmente analoghe, l'articolo 271 bis, paragrafo 5, dell'OUG n. 34/2006, nella misura in cui detta disposizione richiedeva che la garanzia di buona condotta prevedesse, in caso di rigetto del ricorso, il pagamento incondizionato a prima richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice.

14. Nel corso dell'udienza, il governo rumeno ha spiegato che gli articoli 271 bis e 271 ter dell'OUG n. 34/2006 sono ancora in vigore nella parte in cui non sono stati dichiarati incostituzionali. Esso ha confermato che le rimanenti disposizioni [9] richiedono ancora al ricorrente di costituire una garanzia di buona condotta, ma che non esiste più una base giuridica che autorizzi l'amministrazione aggiudicatrice a trattenerla. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice deve ora restituire la garanzia di buona condotta al ricorrente a conclusione della procedura, a prescindere dall'esito del ricorso e, a fortiori, a prescindere dal suo carattere pretestuoso o meno.

9 — Le restanti disposizioni (per quanto mi è dato comprendere) sono essenzialmente l'articolo 271 bis, ad eccezione del requisito del pagamento incondizionato di cui al suo paragrafo 5, e l'articolo 271 ter, paragrafi da 3 a 5, dell'OUG n. 34/2006. Nelle presenti conclusioni mi riferirò a dette disposizioni come alla «disciplina transitoria», per distinguerle sia dalla «disciplina originaria» sia dalla nuova disciplina che, come indicato in udienza dal governo rumeno, il legislatore rumeno intende adottare in futuro.

Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

Causa C-439/14

15. L'Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (Istituto nazionale per la ricerca e lo sviluppo nel settore informatico; in prosieguo: l'«INCDI») ha organizzato una procedura per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture e di servizi finalizzato allo sviluppo e alla realizzazione di una piattaforma di cloud computing. Il valore stimato dell'appalto, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), era pari a RON 61 287 713,71 (circa EUR 13 700 000). L'INCDI ha elaborato la relativa documentazione di gara, pubblicando, in data 1º aprile 2014, nel Sistemul Electronic de Achiziții Publice (sistema elettronico degli appalti pubblici), un bando di gara. Il criterio di aggiudicazione era costituito dal «prezzo più basso».

16. Vari operatori economici hanno chiesto all'INCDI di chiarire le regole previste nei documenti di gara. L'INCDI ha risposto pubblicando varie note esplicative nel sistema elettronico degli appalti pubblici.

17. Il 30 giugno 2014 la SC Star Storage SA (in prosieguo: la «Star Storage») ha contestato tre di dette note esplicative dinanzi al CNSC. Il 18 luglio 2014 il CNSC ha respinto detta domanda come inammissibile, in quanto la Star Storage non aveva costituito una garanzia di buona condotta [10]. La Star Storage ha impugnato la decisione in parola dinanzi alla Curtea de Apel București (Corte d'appello di Bucarest), che ha sospeso il procedimento e ha sollevato in via pregiudiziale la seguente questione:

«Se le disposizioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della [direttiva 89/665], come modificata dalla [direttiva 2007/66], debbano essere interpretate nel senso che ostano a una normativa che condiziona l'accesso alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici all'obbligo di depositare previamente una "garanzia di buona condotta", così come quella disciplinata dall'articolo 271 bis e dall'articolo 271 ter dell'[OUG n. 34/2006]».

Causa C-488/14

18. Il 21 gennaio 2014 la RA Aeroportul Oradea («aeroporto di Oradea») ha pubblicato nel sistema elettronico degli appalti pubblici un bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico per l'ampliamento e l'ammodernamento dell'aeroporto. Il valore stimato dell'appalto, al netto dell'IVA, era pari a RON 101 232 054 (circa EUR 22 800 000). Il criterio di aggiudicazione era quello dell'«offerta economicamente più vantaggiosa».

19. Quattro operatori economici hanno presentato offerte. Nella relazione di valutazione delle offerte del 28 marzo 2014, l'offerta presentata dal consorzio tra la SC Max Boegl România SRL (in prosieguo: la «Max Boegl»), la SC UTI Grup SA e la Astaldi SpA è stata dichiarata inammissibile. Nella medesima relazione, l'offerta presentata dal consorzio tra la SC Construcții Napoca SA (in prosieguo: la «Construcții Napoca»), la SC Aici Cluj SA e la CS Icco Energ SRL è stata classificata al secondo posto.

20. Il 10 luglio 2014 il CNSC ha respinto come infondati i ricorsi proposti dai due suddetti consorzi avverso la relazione di valutazione delle offerte.

10 — L'importo della garanzia dovuta era pari all'equivalente in RON di EUR 25 000.

21. Il consorzio di cui fanno parte la Max Boegl e la Construcții Napoca ha impugnato le suddette decisioni dinanzi alla Curtea de Apel Oradea (Corte d'appello di Oradea). All'udienza del 10 settembre 2014, la Curtea de Apel Oradea (Corte d'appello di Oradea) ha attirato l'attenzione dei ricorrenti sul requisito della costituzione di una garanzia di buona condotta a seguito dell'entrata in vigore, il 30 giugno 2014, degli articoli 271 bis e 271 ter dell'OUG n. 34/2006 [11]. La Curtea de Apel Oradea (Corte d'appello di Oradea) ha sospeso il procedimento e ha sollevato in via pregiudiziale la seguente questione:

«Se le disposizioni di cui all'articolo 1, paragrafi 1, 2 e 3, della [direttiva 89/665], nonché le disposizioni di cui all'articolo 1, paragrafi 1, 2 e 3, della [direttiva 92/13], debbano essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa che condiziona l'accesso alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici all'obbligo di depositare previamente una "garanzia di buona condotta", come quella disciplinata dall'articolo 271 bis e dall'articolo 271 ter dell'[OUG n. 34/2006]».

22. Il 13 novembre 2014 il presidente della Corte ha riunito le due cause ai fini della trattazione scritta e orale e della decisione. La Star Storage, i governi greco e rumeno e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. La Max Boegl, il governo rumeno e la Commissione europea hanno presentato osservazioni orali all'udienza del 14 gennaio 2016.

Analisi

Osservazioni preliminari

23. Il valore dell'appalto pubblico nella causa C-439/14 è superiore all'importo delle soglie applicabili di cui all'articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi. La direttiva 89/665 si applica pertanto al procedimento in esame [12]. Del pari, il valore dell'appalto pubblico oggetto della causa C-488/14 raggiunge le soglie per gli appalti pubblici di lavori previste sia all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, sia all'articolo 16, lettera b), della direttiva 2004/17.

24. Tuttavia, il governo rumeno e la Commissione non concordano sul contesto giuridico applicabile al procedimento principale nella causa C-488/14. A detta del governo rumeno, esso sarebbe disciplinato solamente dalla direttiva 2004/18 e, di conseguenza, dalla direttiva 89/665. La Commissione osserva che la procedura di aggiudicazione dell'appalto in oggetto, riguardando l'ampliamento e il miglioramento di strutture aeroportuali, ricade nel campo di applicazione della direttiva 2004/17 [13] ed è quindi disciplinata dalla direttiva 92/13 [14].

25. A mio avviso, la Corte non dispone di informazioni sufficienti sull'appalto in parola per determinare se alla procedura per la sua aggiudicazione si applichi la direttiva 89/665 o la direttiva 92/13. Tuttavia, ciò non crea in questo caso alcuna difficoltà. Da un lato, i fatti oggetto del procedimento principale nella causa C-488/14 rivelano chiaramente che la questione che la Curtea de Apel Oradea (Corte d'appello di Oradea) sottopone alla Corte non è ipotetica nella misura in cui si riferisce alla direttiva 92/13. Dall'altro, i primi tre paragrafi dell'articolo 1 di detta direttiva corrispondono essenzialmente ai primi tre paragrafi dell'articolo 1 della direttiva 89/665. Le due questioni sollevate dai giudici del rinvio sono quindi in sostanza coincidenti e devono essere esaminate congiuntamente.

11 — Dagli elementi in possesso della Corte risulta che l'importo di ciascuna garanzia di buona condotta richiesta nel procedimento dinanzi al giudice nazionale era pari all'equivalente in RON di EUR 100 000.

12 — Articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665.

13 — Articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/17.

14 — Articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 92/13.

26. Non è inoltre chiaro quale impatto abbiano, sul procedimento principale, le sentenze della Curtea Constituțională (Corte costituzionale) emesse il 15 gennaio e il 4 novembre 2015. In udienza, il governo rumeno ha affermato che i giudici del rinvio dovranno ora applicare la disciplina transitoria. La Commissione, d'altro canto, ha cercato di operare una distinzione tra le due cause. Nella causa C-488/14, il requisito della garanzia di buona condotta è emerso per la prima volta dinanzi al giudice del rinvio. Detto giudice dovrà pertanto applicare la disciplina *transitoria*. Per contro, nella causa C-439/14, il requisito è emerso inizialmente nell'ambito del procedimento dinanzi al CNSC, ossia anteriormente alle sentenze della Corte costituzionale. La Commissione osserva quindi che il giudice del rinvio in tale causa dovrà applicare la disciplina *originaria* previa risposta della Corte.

27. In base a giurisprudenza consolidata, non spetta alla Corte pronunciarsi sull'applicabilità di disposizioni nazionali rilevanti per la soluzione della controversia principale. Essa deve piuttosto prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici dell'Unione e i giudici nazionali, il contesto normativo nel quale si inserisce la questione pregiudiziale, come definito dal provvedimento di rinvio [15]. La Corte è, per contro, competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione che gli consentano di pronunciarsi sulla compatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione per la definizione della causa di cui è investito [16]. Poiché non è che chiaro se, nel procedimento principale nella causa C-439/14, trovi applicazione la disciplina originaria o la disciplina transitoria, le esaminerò entrambe nelle presenti conclusioni.

28. Da ultimo, dagli elementi in possesso della Corte risulta che, a norma dell'OUG n. 34/2006, il ricorso può essere proposto dinanzi al CNSC (le cui decisioni possono poi essere appellate dinanzi a una Corte d'appello) o direttamente in sede giudiziale. Dato che in entrambi i casi è richiesta la costituzione di una garanzia di buona condotta, tale circostanza non incide sul ragionamento esposto in prosieguo [17].

Metodologia dell'analisi

29. Ii primo e secondo considerando della direttiva 89/665 ed il primo, secondo e terzo considerando della direttiva 92/13 chiariscono che tali direttive sono intese a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette [18]. A tal fine, l'articolo 1, paragrafo 1, di ciascuna direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di assicurare che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile [19]. Essi devono garantire che tale ricorso sia ampiamente accessibile 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 [20].

15 — V., tra le altre, sentenza del 17 luglio 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, punto 20 e giurisprudenza citata).

16 — Sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, punto 51 e giurisprudenza citata).

17 — V., in particolare, articoli 271 bis, paragrafo 1, e 271 ter, paragrafi 1 e 5, dell'OUG n. 34/2006.

18 — V., tra le altre, sentenze del 28 ottobre 1999, Alcatel Austria e a. (C-81/98, EU:C:1999:534, punto 33); del 19 giugno 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, punto 44 e giurisprudenza citata), e del 28 gennaio 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, punto 26).

19 — V., tra le altre, sentenze del 19 giugno 2003, Hackermüller (C-249/01, EU:C:2003:359, punto 22 e giurisprudenza citata), e del 19 giugno 2003, GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, punto 44 e giurisprudenza citata).

20 — Sentenza del 26 novembre 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, punto 28 e giurisprudenza citata).

30. Tuttavia, le direttive in parola stabiliscono solamente i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici [21]. In mancanza di una disciplina specifica in materia, spetta a ciascuno Stato membro stabilire le modalità della procedura amministrativa e quelle relative alla procedura giurisdizionale intese ad assicurare la tutela dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici. Tali regole dettagliate non devono, tuttavia, essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di detti diritti (principio di effettività) [22]. L'ultimo requisito è essenziale al fine di pervenire all'obiettivo principale della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, ossia l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri [23].

31. Come osserva la Commissione, né la direttiva 89/665 né la direttiva 92/13 contengono norme sui requisiti finanziari che gli operatori economici potrebbero dover soddisfare per avere accesso alle procedure di ricorso avverso le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. Disposizioni nazionali come quelle di cui al procedimento principale ricadono quindi nell'autonomia procedurale degli Stati membri, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Esaminerò le questioni sollevate alla luce dei suddetti principi [24].

32. Ciascuna delle suddette direttive dà tuttavia espressione concreta, nel settore particolare degli appalti pubblici, al principio generale della normativa dell'Unione che sancisce il diritto a un ricorso effettivo [25]. Ciò solleva due questioni strettamente collegate, attinenti alla portata del principio di effettività.

33. In primo luogo, detto principio può essere limitato a verificare se una condizione procedurale nazionale come quella oggetto del procedimento principale renda *praticamente impossibile o eccessivamente difficile* l'esercizio del diritto a procedure di ricorso sancito all'articolo 1 della direttiva 89/665 e all'articolo 1 della direttiva 92/13? Oppure ha una portata più ampia, nel senso che richiede di disapplicare *ogni disposizione nazionale che leda* le suddette disposizioni?

34. La Corte ha esaminato in diverse occasioni se norme procedurali nazionali sui ricorsi in giudizio destinati ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici mettano in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665 [26]. Tuttavia, in giurisprudenza non esiste un approccio uniforme su come detta verifica di effettività si rapporti all'autonomia procedurale degli Stati membri e al principio di effettività che la limita [27]. In alcuni casi, l'analisi si è concentrata esclusivamente sull'effetto utile della direttiva 89/665, senza fare riferimento all'autonomia procedurale e ai suoi limiti [28]. Altri casi suggeriscono che la

21 — Sentenza del 30 settembre 2010, Strabag e a. (C-314/09, EU:C:2010:567, punto 33 e giurisprudenza citata). Vedi altresì, al riguardo, sentenza del 24 settembre 1998 in EvoBus Austria (C-111/97, EU:C:1998:434, punto 16).

22 — V., tra le altre, sentenze dell'11 settembre 2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, punto 49), e del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 46 e giurisprudenza citata).

23 — V., a tal riguardo, sentenza del 14 febbraio 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, punti 33 e 34).

24 — V. paragrafi da 40 a 58 delle presenti conclusioni.

25 — V., a questo proposito, ordinanza del 23 aprile 2015, Commissione/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, punto 28]. Le origini di tale ragionamento possono essere ricondotte alla sentenza del 15 maggio 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, punti 18 e 19).

26 — V., tra le altre, sentenze del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a. (C-470/99, EU:C:2002:746, punti 71 e 72); del 28 gennaio 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, punto 27), e del 30 settembre 2010, Strabag e a. (C-314/09, EU:C:2010:567, punto 34).

27 — La mancanza di uniformità rende difficile prevedere quale approccio adotterà la Corte in ciascun caso specifico. V. Prechal, S., Widdershoven, R., «Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection», *4 Review of European Administrative* Law (2011), pag. 39.

28 — V., ad esempio, sentenze del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a. (C-470/99, EU:C:2002:746, punto 71), e del 28 gennaio 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, punti da 26 a 28).

verifica di effettività integra la verifica dell'autonomia procedurale quando, nella direttiva 89/665, non vi sono disposizioni specifiche che disciplinano la materia [29]. Talvolta, la formulazione impiegata indica che la verifica di effettività costituisce parte della verifica dell'autonomia procedurale (e le conferisce uno specifico contenuto) [30].

35. A mio avviso, ciò che conta in definitiva è garantire che i diritti che la normativa dell'Unione riconosce ai singoli ottenga una tutela maggiore piuttosto che inferiore. L'articolo 1 della direttiva 89/665 e l'articolo 1 della direttiva 92/13 danno un'espressione concreta al diritto a un ricorso *effettivo*. Non è quindi possibile limitare l'analisi del principio di effettività alla questione se un requisito procedurale come quello in esame nel procedimento principale possa rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di detto diritto. Piuttosto, in detto specifico contesto, la verifica dell'effettività deve certamente comprendere l'esame se un siffatto requisito possa *ledere* il diritto a procedure di ricorso effettive garantite dalle disposizioni di cui trattasi.

36. In secondo luogo, quale impatto ha il diritto fondamentale a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta sul principio di effettività quale limite all'autonomia procedurale degli Stati membri?

37. Norme procedurali come quelle controverse nel procedimento principale ricadono certamente nel campo di applicazione dell'articolo 1 della direttiva 89/665 e dell'articolo 1 della direttiva 92/13. A tali norme si estende inoltre il diritto fondamentale a un ricorso effettivo, cui queste ultime disposizioni danno espressione concreta [31]. L'articolo 47 della Carta trova quindi applicazione nel procedimento principale [32]. La costituzione della garanzia di buona condotta è una precondizione per ottenere che il ricorso sia esaminato [33]. Il requisito in parola integra pertanto una limitazione al diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ai sensi dell'articolo 47 [34]. Una limitazione siffatta può quindi essere giustificata soltanto se prevista dalla legge, se rispetta il contenuto essenziale di tale diritto e se, in osservanza del principio di proporzionalità, è necessaria e risponde effettivamente a finalità di

29 — Sentenze del 30 settembre 2010, Strabag e a. (C-314/09, EU:C:2010:567, punto 34), e del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punti 47, 50 e 72).

30 — Sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo [C-538/13, EU:C:2015:166, punti 40 (v., segnatamente, le parole introduttive «In particolare, …») e 41]. Nella sentenza del 15 aprile 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punti 47 e 48), la Corte ha ritenuto che le esigenze di equivalenza e di effettività fossero *espresse* attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto dell'UE. La stessa formulazione era riproposta nell'ordinanza del 24 aprile 2009, Koukou (C-519/08, EU:C:2009:269, punto 98). La Corte, in modo analogo, fondeva il principio di effettività quale limite all'autonomia procedurale e il diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta, nella sentenza del 6 ottobre 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, punto 52 e giurisprudenza citata).

31 — V, tra le altre, sentenze del 15 aprile 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punto 44 e giurisprudenza citata), e del 17 luglio 2014, Sánchez Morcillo e Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 35 e giurisprudenza citata).

32 — V., sul punto, sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 49). V. anche, per analogia, sentenza del 17 dicembre 2015, Tall (C-239/14, EU:C:2015:824, punto 51). Nella misura in cui si applica agli Stati membri, l'articolo 47 della Carta fa eco all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dà specifica espressione al principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE. Su quest'ultimo punto, v. sentenza del 13 marzo 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punto 37).

33 — Articolo 271 bis, paragrafo 2, dell'OUG n. 34/2006.

34 — V., per analogia, le conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:307, paragrafo 37). La Corte europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Corte di Strasburgo») ritiene che i tributi giudiziari o le cauzioni a garanzia della copertura delle spese incidano, in linea di principio, sul diritto di ricorso a un giudice, tutelato dall'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), se il pagamento è una precondizione per esaminare la causa. V., tra le altre, sentenze della Corte di Strasburgo del 13 luglio 1995, Tolstoy Miloslavski/Regno Unito, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ da 59 a 67; del 4 maggio 2006, Weissman e a./Romania, CE:ECHR:2006:0524JUD006394500, §§ da 32 a 44, e del 12 luglio 2007, Stankov/Bulgaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 53.

interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui [35]. Tale verifica è simile a quella che la Corte di Strasburgo compie nell'esaminare se le limitazioni finanziarie all'accesso all'autorità giudiziaria siano compatibili con l'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU [36].

38. Ancora una volta, la giurisprudenza della Corte non offre indicazioni chiare al riguardo [37]. A mio avviso, in cause come quella in esame, la valutazione prevista all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta è richiesta per soddisfare il livello di protezione riconosciuto ai singoli dall'articolo 47 della Carta. Il ricorso a una metodologia diversa avrebbe l'effetto sorprendente (e a mio parere inaccettabile) di permettere agli Stati membri di sottrarsi a tale esame soltanto in virtù del fatto che essi agiscono nell'ambito della propria autonomia procedurale, in un settore in cui il legislatore dell'Unione ha dato espressione concreta al diritto a un ricorso effettivo.

39. A seguire esaminerò pertanto se norme nazionali come quelle in esame nel procedimento principale, che ricadono nell'autonomia procedurale degli Stati membri, soddisfino i principi di equivalenza e di effettività. Tuttavia, posto che l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, tanto della direttiva 89/665 quanto della direttiva 92/13, disciplina tali norme e che detta disposizione esprime, nel particolare settore degli appalti pubblici, il diritto fondamentale a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 47 della Carta, effettuerò l'esame partendo dal presupposto che il principio di effettività richiede di accertare se dette norme nazionali, limitative di tale diritto, superino la verifica di proporzionalità di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. In caso negativo, esse minano l'effettività dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, di ciascuna direttiva.

La disciplina originaria

40. L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 89/665 e l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 92/13 danno espressione concreta al principio di equivalenza. Il principio in parola presuppone che la norma nazionale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno con analoghi petitum e causa petendi [38].

41. Non condivido la posizione della Star Storage a detta della quale disposizioni nazionali come quelle in esame nel procedimento principale sono incompatibili con il suddetto principio. È vero che esse comportano uno specifico onere finanziario in caso di avvio di una procedura di ricorso in materia di appalti pubblici, ma il principio di equivalenza non implica un pari trattamento delle norme processuali nazionali applicabili a contenziosi di diversa natura, quali il contenzioso civile, da un lato, e quello amministrativo, dall'altro, o a contenziosi che ricadono in due differenti settori del diritto [39]. In

35 — V., tra le altre, sentenza del 17 settembre 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, punto 72), e le mie conclusioni nella causa Ordre des barreaux francophones et germanophone e a. (C-543/14, EU:C:2016:157, paragrafo 80).

36 — La Corte di Strasburgo ha chiarito che, benché gli Stati membri godano di un certo margine di discrezionalità che consente loro di imporre tali limitazioni, queste non devono limitare o ridurre il ricorso a un giudice in maniera tale da ledere l'essenza stessa del diritto, devono perseguire un obiettivo legittimo e deve sussistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. V., in tal senso, sentenze della Corte di Strasburgo del 13 luglio 1995, Tolstoy Miloslavski/Regno Unito, CE:ECHR:1992:0220DEC00181399, §§ da 59 a 67, e del 19 giugno 2001, Kreuz/Polonia, CE:ECHR:2001:0619JUD002824995, §§ 54 e 55 (citata nella sentenza del 22 dicembre 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punto 47). V. anche sentenza della Corte di Strasburgo del 14 dicembre 2006, Markovic e a./Italia, CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, § 99.

37 — Nella sentenza Orizzonte Salute, la Corte ha chiarito che l'articolo 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato alla luce dell'articolo 47 della Carta. Essa limitava tuttavia la sua analisi del principio di effettività alla verifica se il sistema di tributi giudiziari ivi in oggetto non fosse tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione in materia di appalti pubblici (sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, punti 49 e 72). La Corte non ha compiuto una verifica di proporzionalità ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. Per contro, in altri casi, la Corte è ricorsa alla verifica di proporzionalità al fine di valutare le limitazioni al diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ai sensi dell'articolo 47 della Carta. V., tra le altre, sentenze del 18 marzo 2010, Alassini e a. (da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punti da 61 a 66), e del 26 settembre 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, punti da 84 a 88).

38 — V., più di recente, sentenza del 12 febbraio 2015, Surgicare (C-662/13, EU:C:2015:89, punto 30).

39 — Sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 67 e giurisprudenza citata).

udienza, il governo rumeno ha inoltre confermato che le disposizioni nazionali oggetto del procedimento principale si applicano a tutte le procedure di ricorso proposte contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, a prescindere dal fatto che la procedura di aggiudicazione dell'appalto sia disciplinata da disposizioni dell'Unione in materia di appalti pubblici.

42. E quanto al principio di effettività e alla verifica di proporzionalità previsti nell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta?

43. È pacifico che la limitazione derivante dagli articoli 271 bis e 271 ter dell'OUG n. 34/2006 è *prevista dalla legge*.

44. La seconda condizione della verifica di proporzionalità consiste nel fatto che la misura persegua una *finalità legittima* (ossia, una finalità di interesse generale riconosciuta dall'Unione o l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui). È pacifico che la garanzia di buona condotta costituisce una fonte di entrate per l'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui quest'ultima la trattenga. La garanzia in parola non è quindi finalizzata a finanziare il sistema giudiziario [40]. Le disposizioni nazionali che prevedono la garanzia di buona condotta sono piuttosto dirette, in sostanza, a tutelare le amministrazioni aggiudicatrici, il CNSC e i giudici da ricorsi pretestuosi che gli operatori economici (compresi quelli non offerenti) potrebbero avviare per obiettivi diversi da quelli per i quali sono state istituite le procedure di ricorso [41]. Una finalità siffatta è indubbiamente legittima [42]. In particolare, scoraggiare i ricorsi pretestuosi permette ai soggetti chiamati a riesaminare le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici di concentrarsi sui ricorsi «autentici». È probabile che ciò contribuisca a soddisfare il requisito secondo cui gli Stati membri devono garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, qualora si asserisca che tali decisioni violano il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti o le norme nazionali che lo recepiscono [43].

45. La questione successiva verte sull'*idoneità* di disposizioni nazionali come quelle di cui al procedimento principale *a raggiungere l'obiettivo di cui trattasi*.

46. Come risulta dai procedimenti in esame [44], disposizioni di tal sorta possono comportare costi ingenti a carico di un operatore economico che rinuncia al ricorso o il cui ricorso non viene accolto [45]. Tali costi possono raggiungere l'equivalente di EUR 25 000 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi e di EUR 100 000 per gli appalti pubblici di lavori, in aggiunta ai costi connessi alla costituzione della garanzia [46]. In udienza, il governo rumeno ha confermato che, in base alla disciplina originaria, il ricorrente ha perso l'intero importo della garanzia di buona condotta, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a trattenerlo. Il CNSC o il giudice chiamati a pronunciarsi sul ricorso non hanno diritto di ordinare all'amministrazione aggiudicatrice di trattenere soltanto una parte della garanzia di buona condotta, tenuto conto delle specifiche circostanze del caso.

40 — Tale aspetto distingue la garanzia di buona condotta dai tributi giudiziari oggetto della sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655).

41 — In base alle disposizioni introduttive dell'OUG n. 51/2014, i ricorsi manifestamente infondati o intesi unicamente a ritardare il procedimento hanno varie conseguenze negative. Le amministrazioni aggiudicatrici possono così perdere fondi esterni (anche dell'UE) in ragione dei ritardi anomali nelle procedure di aggiudicazione degli appalti ed essere impossibilitate a realizzare importanti progetti di interesse pubblico. Inoltre, i ricorsi pretestuosi sovraccaricano il personale impiegato nella difesa delle amministrazioni aggiudicatrici dinanzi al CNSC o ai giudici e, in termini più generali, mettono a rischio l'efficienza del CNSC.

42 — V., per analogia, sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punti 73 e 74). Questa è anche la posizione della Corte di Strasburgo. V., tra le altre, sentenze della Corte di Strasburgo del 12 luglio 2007, Stankov/Bulgaria, CE:ECHR:2007:0712JUD006849001, § 57, e del 3 giugno 2014, Harrison McKee/Ungheria, CE:ECHR:2014:0603JUD002284007, § 27.

43 — Terzo comma dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 e della direttiva 92/13.

44 — V. note 10 e 11.

45 — Salvo il caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta a trattenere la garanzia di buona condotta ai sensi dell'articolo 271 ter, paragrafo 3.

46 — V. paragrafo 55 infra.

47. A mio avviso, costi di tale portata sono idonei a scoraggiare la presentazione di ricorsi pretestuosi, dal momento che, per loro natura, è probabile che essi siano respinti e che comportino quindi, automaticamente, la perdita dell'intera garanzia di buona condotta e delle spese ad essa collegate [47]. Il fatto che, come ricordato dalla Corte nella sentenza Orizzonte Salute [48], le imprese che desiderano partecipare ad appalti pubblici disciplinati dalle disposizioni dell'Unione in materia debbano disporre di una capacità economica e finanziaria adeguata non mette in discussione detta conclusione. Anzitutto, le disposizioni nazionali oggetto del procedimento principale si applicano a tutti gli operatori economici che impugnano le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici e quindi non soltanto agli offerenti. Il requisito della capacità economica e finanziaria degli offerenti non è poi assoluto. L'articolo 47, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 prevede che un operatore economico possa – al fine di provare detta capacità – fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi [49]. Di conseguenza, una persona non può essere esclusa da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico solo perché intende operare, per eseguire l'appalto, con mezzi che essa non detiene in proprio, ma che appartengono a uno o più soggetti diversi da essa [50]. Infine, le dichiarazioni della Corte rispetto alla capacità economica e finanziaria contenute nella sentenza Orizzonte Salute si riferivano a limitazioni finanziarie all'accesso alle procedure di ricorso ben più contenute rispetto a quelle del presente procedimento [51].

48. La parte conclusiva della verifica proporzionalità verte sul fatto che le misure in esame non *devono eccedere quanto è necessario* per conseguire i loro obiettivi [52]. Qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, gli Stati membri devono ricorrere alla meno restrittiva tra esse e gli inconvenienti causati non devono essere esorbitanti rispetto agli obiettivi perseguiti [53].

49. In base alla disciplina originaria, il ricorrente perde automaticamente la garanzia di buona condotta se il suo ricorso è respinto o se vi rinuncia. Ciò vale anche in mancanza di elementi indicanti un abuso della procedura di ricorso (ad esempio, perché il ricorso è manifestamente infondato o è stato presentato con il solo obiettivo di rallentare la procedura di aggiudicazione dell'appalto). Per ragioni simili a quelle da me esposte supra [54], la disciplina originaria impedisce quindi in modo significativo l'accesso alle procedure di ricorso avverso le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici per persone che (anche se la loro impugnazione non è in definitiva accolta) avanzano «richieste sostenibili». [55] Esso può quindi scoraggiare una parte importante di potenziali contendenti dal presentare un ricorso qualora non possano essere ragionevolmente certi del suo accoglimento. Tra gli esempi di circostanze di tal sorta, potrebbero rientrare, a mio avviso, i casi in cui non esiste una giurisprudenza consolidata in materia, o in cui il ricorso mette in discussione una valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice rispetto alla quale quest'ultima gode di un ampio margine discrezionale.

47 — Ciò è tanto più vero per gli offerenti che sono chiamati a costituire, in aggiunta, una garanzia di partecipazione sino al 2% del valore stimato dell'appalto (articolo 43 bis dell'OUG n. 34/2006). Benché il governo rumeno abbia affermato in udienza che le suddette due garanzie perseguono obiettivi diversi, resta il fatto che un offerente potrebbe perderle entrambe nell'ambito di una sola procedura di aggiudicazione di un appalto.

48 — Sentenza del 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, punto 64).

49 — V. anche l'articolo 63, paragrafo 1, 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 (GU 2014, L 94, pag. 65).

50 — Sentenze del 2 dicembre 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punto 26); del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punto 43), e del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punto 32).

51 — I tributi giudiziari unificati esaminati in tal caso ammontavano a EUR 2 000, EUR 4 000 o EUR 6 000 a seconda del valore dell'appalto.

52 — V., al riguardo, sentenza del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punto 74).

53 — V., tra le altre, sentenza del 29 aprile 2015, Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, punto 58 e giurisprudenza citata).

54 — Paragrafo 46 delle presenti conclusioni.

55 — Ho preso in prestito questa espressione dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui l'obiettivo dell'articolo 13 CEDU è quello di garantire un ricorso effettivo per le «richieste sostenibili». V., tra le altre, sentenza della Corte di Strasburgo del 23 giugno 2011, Diallo/Repubblica ceca, CE:ECHR:2011:0623JUD002049307, § 56.

50. A mio avviso, sarebbe stato possibile evitare tale effetto negativo (e il notevole impatto sul diritto a un ricorso effettivo) senza ledere l'obiettivo di disincentivare i ricorsi pretestuosi. In caso di rigetto o di rinuncia al ricorso, si potrebbe ad esempio riconoscere al CNSC o al giudice competente la possibilità di valutare la sua natura pretestuosa o meno, tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti [56], e di decidere di conseguenza se la ritenuta (in tutto o in parte) della garanzia di buona condotta sia giustificata.

51. Concordo quindi con la Star Storage, la Max Boegl e la Commissione nel ritenere che la disciplina originaria implichi una limitazione sproporzionata del diritto a un ricorso effettivo protetto dall'articolo 47 della Carta, e leda quindi l'effettività dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665 e dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 92/13. La disciplina in esame lede inoltre il contenuto essenziale del diritto in parola, in quanto può, in pratica, precludere, agli operatori economici che hanno o hanno avuto un interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, l'accesso a un rimedio contro decisioni asseritamente illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici.

52. Per tali ragioni, concludo che l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665 e l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 92/13, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, ostano a una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale che impone al ricorrente di costituire una «garanzia di buona condotta» al fine di accedere alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici e in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice deve trattenere la garanzia in caso di rigetto o di rinuncia al ricorso, a prescindere dal fatto che esso sia o meno pretestuoso.

La disciplina transitoria

53. Mi occuperò ora della disciplina transitoria, che si differenzia da quella originaria per il fatto che il ricorrente ottiene la restituzione della garanzia di buona condotta a prescindere dall'esito del ricorso.

54. Il ragionamento in materia di equivalenza da me esposto supra risulta anche qui applicabile [57].

55. Quanto all'effettività, è evidente che un requisito procedurale come quello risultante dall'articolo 271 bis, paragrafo 1, dell'OUG n. 34/2006 limita necessariamente, per sua natura, il diritto di accesso alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. Tale requisito è una precondizione per l'esame nel merito di un ricorso [58]. Inoltre, benché il ricorrente ottenga la restituzione della garanzia di buona condotta a conclusione del procedimento, la sua costituzione comporta necessariamente un onere finanziario a suo carico. Il primo periodo dell'articolo 271 bis, paragrafo 3, dell'OUG n. 34/2006 illustra così due metodi di costituzione della garanzia di buona condotta. Qualora effettui un bonifico bancario, il ricorrente non può disporre di una somma potenzialmente significativa per l'intero periodo compreso tra la data di presentazione del ricorso e la data in cui diviene definitiva la decisione del CNSC o la sentenza del giudice competente. Egli sopporta pertanto i costi collegati al fatto di non poter destinare i suddetti fondi ad altri fini. Qualora opti invece per uno strumento di garanzia fornito da un istituto bancario o da una società assicurativa, il ricorrente deve sostenere i costi legati a tale strumento [59].

56 — Tra tali circostanze può rientrare se esista una giurisprudenza consolidata su un determinato punto di diritto, se l'impugnazione si limiti a riproporre una precedente impugnazione, o se sia fondata su una lettura chiaramente sbagliata della misura impugnata o su premesse di fatto manifestamente errate.

57 — V., supra, paragrafi 40 e 41.

58 — Articolo 271 bis, paragrafo 2, dell'OUG n. 34/2006.

59 — Non è chiaro se, in caso di accoglimento del ricorso da parte del CNSC o del giudice, il ricorrente otterrebbe dall'amministrazione aggiudicatrice il rimborso di detti costi. Anche se così fosse, il ricorrente vincitore dovrebbe ancora sostenere i costi iniziali per poter accedere alla procedura di ricorso. Il requisito della costituzione di una garanzia continuerebbe così a rappresentare un ostacolo all'accesso.

56. Mi sembra inoltre chiaro che un siffatto requisito procedurale non tutela adeguatamente le amministrazioni aggiudicatrici rispetto ai ricorsi pretestuosi. In base alla disciplina transitoria, l'amministrazione aggiudicatrice deve restituire la garanzia di buona condotta al ricorrente entro cinque giorni dalla data in cui la decisione del CNSC o la sentenza sono divenute definitive, anche se il ricorrente ha manifestamente abusato del suo diritto di accesso alle procedure di ricorso. I costi collegati alla disciplina transitoria potrebbero quindi non essere tali da scoraggiare un operatore economico dal presentare un ricorso finalizzato ad ottenere obiettivi diversi da quelli per i quali le procedure di ricorso sono previste, ad esempio a danneggiare un concorrente. Essi però potrebbero costituire un ostacolo per un operatore economico che avanzi una richiesta sostenibile, ma disponga di mezzi limitati.

57. Infine, la disciplina transitoria – come quella originaria – non distingue tra richieste sostenibili e pretestuose. Per tale ragione, la limitazione all'accesso alle procedure di ricorso che essa comporta eccede chiaramente quanto necessario per raggiungere l'obiettivo di dissuadere la presentazione di ricorsi pretestuosi.

58. Concludo pertanto che l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665 e l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 92/13, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, ostano a una normativa nazionale come la disciplina transitoria, che impone a un ricorrente di costituire una «garanzia di buona condotta» al fine di accedere alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici e in base alla quale il ricorrente ottiene automaticamente la restituzione della garanzia a conclusione del procedimento, a prescindere dal suo esito.

Conclusione

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

— L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE, 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, come modificata, e l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 92/13/CEE, 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, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, ostano a una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale che impone al ricorrente di costituire una «garanzia di buona condotta» al fine di accedere alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici e in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice deve trattenere la garanzia in caso di rigetto o di rinuncia al ricorso, a prescindere dal fatto che esso sia o meno pretestuoso.

— Le medesime disposizioni del diritto dell'Unione ostano altresì a una normativa nazionale che impone al ricorrente di costituire una «garanzia di buona condotta» al fine di accedere alle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici in materia di appalti pubblici e in base alla quale il ricorrente ottiene automaticamente la restituzione della garanzia a conclusione del procedimento, a prescindere dal suo esito.