

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

22 ottobre 2024 (\*)

« Rinvio pregiudiziale – Aggiudicazione di appalti pubblici nell’Unione europea – Direttiva 2014/25/UE – Articolo 43 – Operatori economici di paesi terzi che non hanno concluso con l’Unione un accordo internazionale che garantisca, in modo reciproco e paritario, l’accesso agli appalti pubblici – Insussistenza del diritto di tali operatori economici ad un “trattamento non meno favorevole” – Partecipazione di un siffatto operatore economico ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico – Inapplicabilità della direttiva 2014/25 – Irricevibilità, nell’ambito di un ricorso proposto da detto operatore economico, di una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull’interpretazione di disposizioni di tale direttiva »

Nella causa C-652/22,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Visoki upravni sud (Corte amministrativa d’appello, Croazia), con decisione del 10 ottobre 2022, pervenuta in cancelleria il 18 ottobre 2022, nel procedimento

**Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ**

contro

**Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave,**

con l’intervento di:

**HŽ Infrastruktura d.o.o.,**

**Strabag AG,**

**Strabag d.o.o.,**

**Strabag Rail a.s.,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, T. von Danwitz vicepresidente, C. Lycourgos (relatore), I. Jarukaitis, A. Kumin, N. Jääskinen e M. Gavalec presidenti di sezione, A. Arabadjiev, E. Regan, Z. Csehi e O. Spineanu-Matei, giudici,

avvocato generale: A.M. Collins

cancelliere: M. Longar, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 21 novembre 2023,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ, da I. Božić e Z. Tomić, odvjjetnici;
- per la Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, da M. Kuhar, in qualità di agente;

- per la HŽ Infrastruktura d.o.o., da I. Kršić, in qualità di agente, nonché da I. Mršo Nastić e M. Paulinović, odvjjetnici;
- per la Strabag AG, la Strabag d.o.o. e la Strabag Rail a.s., da Ž. Potoku, odvjjetnica;
- per il governo croato, da G. Vidović Mesarek, in qualità di agente;
- per il governo ceco, da L. Halajová, T. Müller, M. Smolek e J. Vlácil, in qualità di agenti;
- per il governo danese, da D. Elkan, in qualità di agente;
- per il governo estone, da N. Grünberg e M. Kriisa, in qualità di agenti;
- per il governo francese, da R. Bénard, O. Duprat-Mazaré e J. Illouz, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, da J. Schmoll, in qualità di agente;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara, M. Mataija e G. Wils, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 marzo 2024,

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 36 e 76 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società di diritto turco Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ (in prosieguo: la «Kolin») e la Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (commissione nazionale di controllo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, Croazia) (in prosieguo: la «commissione di controllo») in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico relativo alla costruzione di un'infrastruttura ferroviaria in Croazia.

#### **Contesto normativo**

##### ***Diritto dell'Unione***

*L'accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia e il protocollo addizionale*

- 3 L'accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia è stato firmato il 12 settembre 1963 ad Ankara ed è stato concluso, approvato e confermato a nome della Comunità economica europea con decisione 64/732/CEE del Consiglio, del 23 dicembre 1963 (GU 1964, n. 217, pag. 3685).
- 4 Il protocollo addizionale allegato a tale accordo, firmato il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità economica europea con il regolamento (CEE) n. 2760/72 del Consiglio, del 19 dicembre 1972 (GU 1972, L 293, pag. 1; in prosieguo: il «protocollo addizionale»), prevede, al suo articolo 41, paragrafo 1, quanto segue:

«Le parti contraenti si astengono dall'introdurre tra loro nuove restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi».

5 Ai sensi dell'articolo 57 del protocollo addizionale:

«Le parti contraenti modificano progressivamente le condizioni di partecipazione ai contratti conclusi dalle amministrazioni o dalle imprese pubbliche, nonché dalle imprese private alle quali siano stati concessi diritti speciali od esclusivi in modo da eliminare, alla fine di un periodo di ventidue anni, ogni discriminazione tra i cittadini degli Stati membri e i cittadini della Turchia stabiliti sul territorio delle parti contraenti.

Il consiglio di Associazione adotta le modalità e il ritmo di tali modificazioni ispirandosi alle soluzioni adottate all'interno della Comunità in questo settore».

*Direttiva 2014/25*

6 I considerando 2 e 27 della direttiva 2014/25 enunciano quanto segue:

«(2) Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento per i contratti con valore superiore a una certa soglia. Tale coordinamento è necessario per assicurare l'effetto dei principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. (...)

(...)

(27) La decisione 94/800/CE del Consiglio[, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) (GU 1994, L 336, pag. 1)] ha approvato in particolare l'accordo sugli appalti pubblici concluso nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio ("AAP"). Scopo dell'AAP è stabilire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale. Per gli appalti contemplati dagli allegati 3, 4 e 5 e dalle note generali relative all'Unione europea dell'appendice I dell'AAP, nonché da altri pertinenti accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare, gli enti aggiudicatori dovrebbero soddisfare gli obblighi previsti da questi accordi attraverso l'applicazione della presente direttiva agli operatori economici dei paesi terzi firmatari degli stessi».

7 L'articolo 1 della direttiva medesima, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», al suo paragrafo 1 così dispone:

«La presente direttiva stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da enti aggiudicatori per quanto riguarda appalti e concorsi di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore alle soglie di cui all'articolo 15».

8 Ai sensi dell'articolo 11 della direttiva in parola, intitolato «Servizi di trasporto»:

«La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo».

9 L'articolo 15 della medesima direttiva, recante il titolo «Importi delle soglie», prevede quanto segue:

«La presente direttiva si applica agli appalti (...) il cui valore netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

b) [EUR] 5 186 000 (...) per gli appalti di lavori;

(...))».

- 10 L'articolo 36 della direttiva 2014/25, dal titolo «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al suo paragrafo 1 così dispone:
- «Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».
- 11 L'articolo 43 della citata direttiva, intitolato «Condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali», così recita:
- «Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 3, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice I dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali ai quali l'Unione è vincolata, gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), accordano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dell'Unione».
- 12 L'articolo 45 di tale direttiva, intitolato «Procedura aperta», al suo paragrafo 1 è così formulato:
- «Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara.
- (...))».
- 13 L'articolo 76 della stessa direttiva, intitolato «Principi generali», prevede, al suo paragrafo 4, quanto segue:
- «Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, gli enti aggiudicatori possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza».
- 14 L'articolo 86 della direttiva 2014/25, intitolato «Relazioni con i paesi terzi per quanto riguarda gli appalti di lavori, forniture e servizi», così dispone:
- «1. Gli Stati membri informano la Commissione [europea] di ogni difficoltà d'ordine generale, di fatto o di diritto, incontrata dalle proprie imprese nell'ottenere l'aggiudicazione di appalti di servizi in paesi terzi e da esse riferita.
2. La Commissione riferisce al Consiglio [dell'Unione europea] entro il 18 aprile 2019 e successivamente a intervalli periodici, sull'apertura degli appalti di servizi nei paesi terzi e sullo stato di avanzamento dei negoziati condotti in proposito con tali paesi, segnatamente in seno all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).
3. La Commissione, intervenendo presso il paese terzo in oggetto, si adopera per ovviare ad una situazione in cui constatata, in base alle relazioni di cui al paragrafo 2 oppure in base ad altre informazioni, che riguardo all'aggiudicazione di appalti di servizi un paese terzo adotta i seguenti comportamenti:
- a) non concede alle imprese dell'Unione un accesso effettivo comparabile a quello accordato dall'Unione alle imprese di tale paese terzo;
- b) non concede alle imprese dell'Unione il trattamento riservato alle imprese nazionali o possibilità di concorrenza identiche a quelle di cui godono le imprese nazionali; oppure
- c) concede alle imprese di altri paesi terzi un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese dell'Unione.

4. Gli Stati membri informano la Commissione di ogni difficoltà, di fatto o di diritto, incontrata dalle proprie imprese mentre tentavano di ottenere l'aggiudicazione di appalti di servizi in paesi terzi, da esse riferita e dovuta all'inosservanza delle disposizioni internazionali di diritto del lavoro (...).

5. Nelle circostanze di cui ai paragrafi 3 e 4, la Commissione può in qualsiasi momento proporre al Consiglio di adottare un atto di esecuzione per sospendere o limitare, per un periodo da determinare in tale atto di esecuzione, l'aggiudicazione di appalti di servizi a:

- a) imprese soggette alla legislazione del paese terzo in questione;
- b) imprese legate alle imprese di cui alla lettera a), la cui sede sociale si trovi nell'Unione ma che non hanno un legame diretto ed effettivo con l'economia di uno Stato membro;
- c) imprese che presentano offerte aventi per oggetto servizi originari del paese terzo in questione.

Il Consiglio delibera quanto prima a maggioranza qualificata.

La Commissione può proporre tali misure di propria iniziativa o dietro richiesta di uno Stato membro.

6. Il presente articolo fa salvi gli impegni dell'Unione nei confronti dei paesi terzi derivanti da accordi internazionali in materia di appalti pubblici, in particolare nel quadro dell'OMC».

#### *Regolamento IPI*

15 Il regolamento (UE) 2022/1031 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2022, relativo all'accesso di operatori economici, beni e servizi di paesi terzi ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dell'Unione e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di operatori economici, beni e servizi dell'Unione ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dei paesi terzi (strumento per gli appalti internazionali – IPI) (GU 2022, L 173, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento IPI»), è entrato in vigore, a norma del suo articolo 15, il 29 agosto 2022.

16 I considerando 3 e 10 di detto regolamento hanno il seguente tenore:

«(3) Conformemente all'articolo 26 TFUE, l'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, che comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo i trattati. L'accesso di operatori economici, beni e servizi di paesi terzi ai mercati degli appalti pubblici o delle concessioni dell'Unione rientra nell'ambito di applicazione della politica commerciale comune.

(...)

(10) Gli impegni internazionali assunti dall'Unione europea nei confronti dei paesi terzi in materia di accesso ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni richiedono, tra l'altro, la parità di trattamento per gli operatori economici di tali paesi terzi. Di conseguenza, le misure adottate a norma del presente regolamento sono applicabili unicamente a operatori economici, beni o servizi di paesi terzi che non sono parti dell'accordo multilaterale dell'OMC sugli appalti pubblici o degli accordi commerciali bilaterali o multilaterali conclusi con l'Unione che contemplano impegni in materia di accesso ai mercati degli appalti pubblici o delle concessioni, o a operatori economici, beni o servizi di paesi che sono parti di tali accordi ma solo per quanto concerne le procedure di appalto pubblico per beni, servizi o concessioni non contemplati da tali accordi. Conformemente alle direttive 2014/23/UE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1)], 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)] e 2014/25 (...) e come chiarito dalla comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019, dal titolo "Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE", gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che preveda l'apertura del mercato degli

appalti dell'Unione o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'Unione e possono essere esclusi».

17 L'articolo 1 del regolamento di cui trattasi, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», così dispone:

«1. Il presente regolamento stabilisce misure relative agli appalti non contemplati, destinate a migliorare l'accesso di operatori economici, beni e servizi dell'Unione ai mercati degli appalti pubblici e delle concessioni dei paesi terzi. Fissa procedure che permettono alla Commissione di condurre indagini su presunte misure o pratiche di paesi terzi nei confronti degli operatori economici, dei beni e dei servizi dell'Unione e di avviare consultazioni con i paesi terzi in questione.

Il presente regolamento prevede la possibilità per la Commissione di imporre misure IPI in relazione a tali misure o pratiche di paesi terzi per limitare l'accesso degli operatori economici, dei beni o dei servizi di paesi terzi alle procedure di appalto pubblico dell'Unione.

2. Il presente regolamento si applica alle procedure di appalto pubblico rientranti nell'ambito di applicazione dei seguenti atti:

- a) la direttiva [2014/23];
- b) la direttiva [2014/24];
- c) la direttiva [2014/25].

3. Il presente regolamento non pregiudica gli obblighi internazionali dell'Unione o le misure che gli Stati membri, le relative amministrazioni aggiudicatrici o i relativi enti aggiudicatori potrebbero adottare ai sensi degli atti di cui al paragrafo 2.

(...».

18 L'articolo 6 del medesimo regolamento, intitolato «Misure IPI», è così formulato:

«1. Qualora, a seguito di un'indagine e delle consultazioni di cui all'articolo 5, la Commissione accerti l'esistenza di una misura o pratica di un paese terzo, se lo ritiene nell'interesse dell'Unione, adotta una misura IPI mediante un atto di esecuzione. (...)

(...)

6. Nella misura IPI di cui al paragrafo 1, la Commissione può decidere (...) di limitare l'accesso di operatori economici, beni o servizi di un paese terzo alle procedure di appalto pubblico richiedendo alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori di:

- a) imporre un adeguamento del punteggio alle offerte presentate dagli operatori economici originari di tale paese terzo; o
- b) escludere le offerte presentate dagli operatori economici originari di tale paese terzo.

(...».

### ***Diritto croato***

19 Lo Zakon o javnoj nabavi (legge sugli appalti pubblici), nella versione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale (in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»), al suo articolo 262 così dispone:

«Un'amministrazione aggiudicatrice può, in qualsiasi fase della procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, verificare, ove necessario per garantire il corretto svolgimento della procedura, le informazioni contenute nel documento di gara unico europeo presso l'autorità responsabile della tenuta

dei registri ufficiali dei dati stessi (...) e chiedere il rilascio di un certificato a tal fine, consultando i documenti giustificativi o le prove già in suo possesso (...).

(...))».

20 L'articolo 263 di detta legge così recita:

«1. Nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di valore elevato, prima di assumere una decisione l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta, e, nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di valore modesto, può chiedere all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa di produrre, entro un termine adeguato di almeno cinque giorni, i documenti giustificativi aggiornati (...), a meno che non ne sia già in possesso.

2. L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o a chiarire i documenti ricevuti (...))».

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

21 Il 7 settembre 2020 la HŽ Infrastruktura d.o.o., società di diritto croato incaricata della gestione, della manutenzione e della costruzione di infrastrutture ferroviarie in Croazia, ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per un valore stimato di 2 042 900 000 kuna croate (HRK) (circa EUR 271 milioni), al netto dell'IVA, per la costruzione di un'infrastruttura ferroviaria che collega le località di Hrvatski Leskovac (Croazia) e Karlovac (Croazia), da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

22 In base alle istruzioni impartite agli offerenti dalla HŽ Infrastruktura, questi ultimi dovevano dimostrare le loro capacità tecniche e professionali mediante la produzione di un documento attestante che, nei dieci anni precedenti l'avvio della procedura in parola, gli offerenti stessi avevano eseguito lavori di costruzione di infrastrutture ferroviarie o stradali, comprendenti ponti, viadotti o passaggi, per un valore totale di almeno HRK 30 000 000 (circa EUR 4 milioni), IVA esclusa.

23 Il 25 gennaio 2022 la HŽ Infrastruktura ha adottato una decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale selezionando, quale offerta economicamente più vantaggiosa, quella della società di diritto austriaco Strabag AG, della società di diritto croato Strabag d.o.o. e della società di diritto ceco Strabag Rail a.s. (in prosieguo, congiuntamente: il «raggruppamento Strabag»).

24 La Kolin, che figurava tra gli offerenti, ha proposto un ricorso avverso tale decisione dinanzi alla commissione di controllo.

25 Con decisione del 10 marzo 2022 tale commissione ha annullato la decisione della HŽ Infrastruktura menzionata al punto 23 della presente sentenza, sulla base del rilievo che non era debitamente dimostrato che il raggruppamento Strabag disponesse delle capacità tecniche e professionali richieste.

26 Il 6 aprile 2022, nell'ambito del procedimento successivo all'annullamento della sua decisione di aggiudicazione, la HŽ Infrastruktura, in applicazione dell'articolo 263, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici, ha chiesto al raggruppamento Strabag di presentare, se del caso, un elenco completo dei lavori realizzati, unitamente a un'attestazione che certificasse la conformità e il completamento dei lavori stessi.

27 Il 7 aprile 2022 il raggruppamento Strabag ha depositato tale elenco, unitamente ad una siffatta attestazione, la quale risaliva al 21 marzo 2016. L'elenco completato conteneva un nuovo riferimento, recante il titolo «A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1, Talübergang Steyr und Rampenbrücke» («lotto 1 del completamento della serie di gallerie Klaus sull'autostrada A9 di Pyhrn, del viadotto che attraversa la valle della Steyr e di un ponte ad arco»).

28 Il 13 aprile 2022 la HŽ Infrastruktura ha chiesto al raggruppamento Strabag, ai sensi dell'articolo 263, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici, di fornire precisazioni in ordine all'attestazione del 21 marzo 2016.

- 29 Il 21 aprile 2022 il raggruppamento Strabag ha integrato tale attestazione mediante la comunicazione di documenti da cui risultava il valore esatto dei lavori relativi all'infrastruttura di cui trattasi e un elenco completato indicante i lavori effettuati.
- 30 A seguito di un riesame e di una rivalutazione delle offerte, il 28 aprile 2022 la HŽ Infrastruktura ha adottato una nuova decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale in favore del raggruppamento Strabag. Essa ha infatti ritenuto che il nuovo riferimento, menzionato al punto 27 della presente sentenza, fosse di per sé sufficiente a dimostrare che tale raggruppamento disponeva delle capacità tecniche e professionali richieste.
- 31 La Kolin ha proposto ricorso avverso tale nuova decisione di aggiudicazione dinanzi alla commissione di controllo, affermando che l'iniziativa della HŽ Infrastruktura di invitare il raggruppamento Strabag ad integrare il suo elenco dei lavori era illegittima.
- 32 Con decisione del 15 giugno 2022 la commissione di controllo ha respinto tale ricorso, con la motivazione che nessuna disposizione nazionale ostava all'integrazione, da parte del raggruppamento Strabag, dell'elenco dei lavori mediante l'indicazione della realizzazione di lavori diversi da quelli ivi inizialmente contenuti, in quanto l'articolo 263, paragrafo 2, della legge sugli appalti pubblici consente infatti all'amministrazione aggiudicatrice di invitare un offerente a integrare o a chiarire le prove fornite.
- 33 La Kolin ha proposto un ricorso di annullamento avverso tale decisione dinanzi al Visoki upravni sud (Corte amministrativa d'appello, Croazia), giudice del rinvio, lamentando l'illegittimità non solo dell'invito al raggruppamento Strabag, da parte di HŽ Infrastruktura, a completare l'elenco dei lavori inizialmente allegato alla sua offerta, ma anche della presa in considerazione dell'elenco completato dei lavori, in quanto l'accettazione del riferimento menzionato al punto 27 della presente sentenza modificerebbe l'offerta di tale raggruppamento in modo sostanziale e violerebbe, segnatamente, il principio della parità di trattamento.
- 34 Alla luce degli articoli 36 e 76 della direttiva 2014/25, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla facoltà per un ente aggiudicatore, quale la HŽ Infrastruktura, di prendere in considerazione, dopo l'annullamento da parte della commissione di controllo della sua prima decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, documenti complementari relativi alle capacità tecniche e professionali del raggruppamento Strabag, non figuranti nell'offerta iniziale depositata da tale raggruppamento e che sono stati presentati da quest'ultimo su richiesta di detto ente aggiudicatore.
- 35 In tale contesto, il Visoki upravni sud (Corte amministrativa d'appello) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se l'articolo 76 della direttiva [2014/25], in combinato disposto con l'articolo 36 della medesima direttiva, consenta all'ente aggiudicatore di prendere in considerazione documenti prodotti dall'offerente per la prima volta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, documenti che non erano inclusi nell'offerta iniziale e che comprovano circostanze non menzionate dall'offerente nell'offerta iniziale.
  - 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'articolo 76 della direttiva [2014/25], in combinato disposto con l'articolo 36 della stessa, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che, a seguito dell'annullamento della prima decisione di selezione e dopo il rinvio del caso all'ente aggiudicatore affinché proceda nuovamente all'esame e alla valutazione delle offerte, l'ente aggiudicatore chieda all'operatore economico di produrre documenti integrativi comprovanti il rispetto delle condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, documenti che non erano inclusi nell'offerta iniziale, come un elenco dei lavori realizzati, integrato da un riferimento il quale non compariva nell'elenco iniziale dei lavori e che quindi non faceva parte dell'offerta iniziale.
  - 3) Se l'articolo 76 della direttiva [2014/25], in combinato disposto con l'articolo 36 della stessa, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che, a seguito dell'annullamento della prima decisione di aggiudicazione e dopo il rinvio del caso all'ente aggiudicatore affinché proceda nuovamente all'esame e alla valutazione delle offerte, l'operatore economico fornisca all'ente

aggiudicatore documenti comprovanti il rispetto delle condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, documenti che non erano inclusi nell'offerta iniziale, come un elenco dei lavori realizzati, integrato da un riferimento il quale non compariva nell'elenco iniziale dei lavori e che quindi non faceva parte dell'offerta iniziale».

### **Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali**

- 36 Secondo costante giurisprudenza, nell'ambito del procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenza del 24 luglio 2023, Lin, C-107/23 PPU, EU:C:2023:606, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).
- 37 Spetta tuttavia alla Corte esaminare le condizioni in presenza delle quali essa viene adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza o la ricevibilità della domanda ad essa sottoposta [v., in tal senso, sentenza del 22 marzo 2022, Prokurator Generalny (Sezione disciplinare della Corte suprema – Nomina) C-508/19, EU:C:2022:201, punto 59 e giurisprudenza ivi citata].
- 38 La Corte può, in particolare, essere chiamata a verificare se le disposizioni del diritto dell'Unione sulle quali vertono le questioni pregiudiziali siano applicabili alla controversia di cui al procedimento principale. In caso negativo, tali disposizioni sono irrilevanti ai fini della soluzione di detta controversia e la decisione pregiudiziale richiesta non è necessaria al fine di consentire al giudice del rinvio di emanare la sua sentenza, cosicché tali questioni devono essere dichiarate irricevibili.
- 39 Nella presente causa, occorre verificare se un ricorso proposto dinanzi a un giudice di uno Stato membro da un operatore economico di un paese terzo, nella fattispecie la Repubblica di Turchia, al fine di contestare la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico adottata in tale Stato membro, possa essere esaminato alla luce delle norme in materia di appalti pubblici emanate dal legislatore dell'Unione, come gli articoli 36 e 76 della direttiva 2014/25, cui si richiama, nel caso di specie, la Kolin e che sono oggetto delle questioni pregiudiziali sollevate.
- 40 A tal fine, la Corte ha invitato le parti nel procedimento principale e gli altri interessati di cui all'articolo 23, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea a prendere posizione sulla questione relativa a quali siano le norme applicabili alla partecipazione di un operatore economico di un paese terzo, come la Kolin, a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nell'Unione, cosa che dette parti e altri interessati hanno fatto tanto per iscritto quanto nel corso dell'udienza svoltasi dinanzi alla Corte.
- 41 Al riguardo occorre rilevare anzitutto che l'Unione è vincolata, nei confronti di taluni paesi terzi, da accordi internazionali, segnatamente l'AAP, che garantiscono, in modo reciproco e paritario, l'accesso degli operatori economici dell'Unione agli appalti pubblici in tali paesi terzi e quello degli operatori economici di detti paesi terzi agli appalti pubblici nell'Unione.
- 42 L'articolo 43 della direttiva 2014/25 riflette tali impegni internazionali dell'Unione disponendo che, nella misura in cui sono contemplati dall'AAP e dagli altri accordi internazionali ai quali l'Unione è vincolata, gli enti aggiudicatori degli Stati membri devono accordare agli operatori economici dei paesi terzi che sono parti di un siffatto accordo un trattamento non meno favorevole di quello concesso agli operatori economici dell'Unione.
- 43 Come emerge dal considerando 27 della medesima direttiva, tale diritto al trattamento non meno favorevole di cui beneficiano gli operatori economici di detti paesi terzi implica che tali operatori economici possano avvalersi delle disposizioni di detta direttiva.

- 44 Altri paesi terzi non hanno, ad oggi, concluso con l'Unione un accordo internazionale come quelli citati al punto 41 della presente sentenza.
- 45 Per quanto riguarda gli operatori economici di detti paesi terzi, occorre rilevare che, sebbene il diritto dell'Unione non osti a che tali operatori economici siano ammessi, in assenza di misure di esclusione adottate dall'Unione, a partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico disciplinata dalla direttiva 2014/25, esso osta, per contro, a che detti operatori economici possano, nell'ambito della loro partecipazione a una siffatta procedura, avvalersi della direttiva medesima ed esigere quindi un pari trattamento della loro offerta rispetto a quelle presentate dagli offerenti degli Stati membri e dagli offerenti dei paesi terzi di cui all'articolo 43 della direttiva stessa.
- 46 Infatti, l'inclusione degli operatori economici dei paesi terzi di cui al punto 44 della presente sentenza nell'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti pubblici che il legislatore dell'Unione, come risulta dal considerando 2 della direttiva 2014/25, ha istituito al fine di garantire una concorrenza non falsata, e la cui essenza stessa implica il principio della parità di trattamento (v., in tal senso, sentenze del 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, EU:C:2002:495, punto 81; del 3 giugno 2021, *Rad Service e a.*, C-210/20, EU:C:2021:445, punto 43, e del 13 giugno 2024, *BibMedia*, C-737/22, EU:C:2024:495, punto 30), avrebbe l'effetto di conferire loro un diritto a un trattamento non meno favorevole in violazione dell'articolo 43 della direttiva medesima, il quale limita il beneficio di tale diritto agli operatori economici di paesi terzi che abbiano concluso con l'Unione un accordo internazionale come quelli previsti da tale articolo.
- 47 Pertanto, il diritto conferito, dall'articolo 45, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, a «qualsiasi operatore economico interessato» di presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara nell'ambito di una procedura aperta di aggiudicazione di un appalto pubblico nell'Unione non si estende agli operatori economici dei paesi terzi che non hanno concluso un siffatto accordo internazionale con l'Unione. Esso non implica neppure che detti operatori, quando sono ammessi a partecipare a una procedura di tal genere, abbiano il diritto di invocare il beneficio della direttiva di cui trattasi. Interpretare diversamente tale disposizione e attribuire, quindi, una portata illimitata all'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva stessa equivarrebbe a garantire agli operatori economici di tali paesi terzi un accesso paritario alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell'Unione. Orbene, per la ragione esposta al punto 46 della presente sentenza e come enunciato ormai, altresì, dal considerando 10 del regolamento IPI, la direttiva 2014/25 deve essere intesa nel senso che l'accesso degli operatori economici di detti paesi terzi alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell'Unione non è garantito e che tali operatori possono esserne esclusi.
- 48 Tra i paesi terzi di cui al punto 44 della presente sentenza vi è la Repubblica di Turchia, che non è parte né dell'AAP, né di alcun altro accordo che conferisca, su una base di reciprocità, agli operatori economici turchi il diritto di partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell'Unione su un piano di parità rispetto agli operatori economici dell'Unione.
- 49 È certo vero che l'articolo 57 del protocollo addizionale prevede la progressiva modifica, secondo le modalità e il ritmo adottati dal consiglio di Associazione, delle condizioni di partecipazione ai rispettivi appalti pubblici dell'Unione e della Turchia, in modo da eliminare, a termine, le discriminazioni tra operatori economici dell'Unione e operatori economici turchi. Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 9 e 10 delle sue conclusioni, la modifica prevista da tale articolo 57 non ha, ad oggi, avuto luogo e la reciproca apertura delle commesse pubbliche tra l'Unione e la Repubblica di Turchia non è stata quindi, finora, realizzata.
- 50 Peraltro, nessun elemento del fascicolo di cui dispone la Corte consente di ritenere che l'Unione, o la Repubblica di Croazia dopo la sua adesione all'Unione, abbiano introdotto una nuova restrizione, a norma dell'articolo 41, paragrafo 1, del protocollo addizionale, avente per oggetto o per effetto di limitare, rispetto alla situazione esistente al momento dell'entrata in vigore di detto protocollo o, per quanto riguarda la Repubblica di Croazia, al momento della sua adesione, le possibilità di accesso degli operatori economici turchi agli appalti pubblici nell'Unione o, più specificamente, in tale Stato membro. Di conseguenza, gli operatori economici turchi non possono, in alcun caso, avvalersi di detta

disposizione per pretendere di beneficiare di un trattamento non meno favorevole, ai sensi dell'articolo 43 della direttiva 2014/25, e, più in generale, dell'applicazione di tale direttiva nei loro confronti.

- 51 Pertanto, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, caratterizzata dalla partecipazione, accettata dall'ente aggiudicatore, di un operatore economico turco ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico disciplinata dalla direttiva 2014/25, l'operatore stesso non può avvalersi degli articoli 36 e 76 della direttiva medesima al fine di contestare la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.
- 52 Occorre inoltre verificare se le questioni sollevate, vertenti sull'interpretazione dei citati articoli della direttiva 2014/25, siano comunque ricevibili alla luce del fatto, risultante dalla domanda di pronuncia pregiudiziale e dalla risposta fornita dalla commissione di controllo a un quesito posto dalla Corte, che le disposizioni della normativa croata recanti recepimento di detti articoli sono interpretate nel senso che esse si applicano indistintamente a tutti gli offerenti dell'Unione e dei paesi terzi e che possono pertanto essere invocate dalla Kolin.
- 53 A tal riguardo, occorre ricordare che sono certamente ricevibili domande di pronuncia pregiudiziale vertenti sull'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni non rientranti nella sfera di applicazione di tale diritto, ma nelle quali tali disposizioni, senza modifica del loro oggetto o della loro portata, sono state rese applicabili in forza di un rinvio diretto e incondizionato operato dal diritto nazionale. In tali situazioni, è nell'interesse manifesto dell'ordinamento giuridico dell'Unione che, al fine d'evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1990, Dzodzi, C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, punti 36 e 37, nonché del 13 ottobre 2022, Baltijas Starptautiskā Akadēmija e Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 e C-318/21, EU:C:2022:785, punto 35).
- 54 Tuttavia, tale giurisprudenza non è applicabile quando le disposizioni di diritto nazionale che recepiscono una direttiva sono rese applicabili, dalle autorità di uno Stato membro, in violazione di una competenza esclusiva dell'Unione.
- 55 Ciò si verifica, nel caso di specie, con riferimento alla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di operatori economici di paesi terzi che non hanno concluso con l'Unione accordi internazionali che garantiscano l'accesso paritario e reciproco a detti appalti.
- 56 Infatti, secondo costante giurisprudenza, la politica commerciale comune, di cui all'articolo 207 TFUE, per la quale l'Unione ha competenza esclusiva in forza dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), TFUE, riguarda gli scambi commerciali con i paesi terzi e comprende qualsiasi atto dell'Unione che sia sostanzialmente destinato a promuovere, facilitare o disciplinare tali scambi e sortisca su di loro effetti diretti ed immediati [v., in particolare, sentenza del 18 luglio 2013, Daiichi Sankyo e Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, punti 50 e 51, e parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017, EU:C:2017:376, punto 36].
- 57 Orbene, qualsiasi atto di portata generale avente per obiettivo specifico di stabilire le modalità con le quali gli operatori economici di un paese terzo possono partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell'Unione è idoneo ad avere effetti diretti e immediati sugli scambi di merci e di servizi tra tale paese terzo e l'Unione, cosicché esso rientra nella competenza esclusiva dell'Unione a titolo dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), TFUE [v., in tal senso, parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017, EU:C:2017:376, punti 76 e 77]. Ciò vale per gli atti che, in assenza di un accordo concluso tra l'Unione e un paese terzo, stabiliscono unilateralmente se, ed eventualmente con quali modalità, gli operatori economici di tale paese terzo possano partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nell'Unione. Infatti, al pari degli accordi, tali atti unilaterali hanno effetti diretti e immediati sugli scambi di merci e di servizi tra tale paese terzo e l'Unione.
- 58 Detta competenza esclusiva è illustrata dall'articolo 86 della direttiva 2014/25, il quale, in caso di difficoltà d'ordine generale incontrate dalle imprese di uno o più Stati membri nell'ottenere

l'aggiudicazione di appalti pubblici in un paese terzo e da esse riferite, attribuisce all'Unione, e non agli Stati membri, la competenza a sospendere o a limitare la partecipazione delle imprese di tale paese terzo alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici dell'Unione.

- 59 Il carattere esclusivo della citata competenza dell'Unione è altresì confermato dal regolamento IPI, relativo alle misure di portata generale che possono essere adottate nei confronti degli operatori economici di un paese terzo che non abbia concluso con l'Unione un accordo internazionale che garantisca l'accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici, per quanto riguarda l'esclusione o la limitazione dell'accesso di detti operatori alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Il citato regolamento, che non era certamente ancora applicabile all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, è stato adottato sul fondamento dell'articolo 207 TFUE ed enuncia, al suo considerando 3, che l'accesso di operatori economici di paesi terzi ai mercati degli appalti pubblici dell'Unione rientra nell'ambito di applicazione della politica commerciale comune.
- 60 Sebbene la politica commerciale comune non comprenda, per contro, come risulta dall'articolo 207, paragrafo 5, TFUE, la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali nel settore dei trasporti e non possa quindi includere interamente la questione dell'accesso degli operatori economici di paesi terzi agli appalti pubblici settoriali contemplati dalla direttiva 2014/25, resta il fatto che la conclusione di un accordo che garantisce l'accesso degli operatori economici di un paese terzo a tali appalti pubblici settoriali rientra parimenti in una competenza esclusiva dell'Unione, vale a dire quella di cui all'articolo 3, paragrafo 2, TFUE [v., in tal senso, parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017, EU:C:2017:376, punti da 219 a 224]. Quanto all'adozione di atti che determinano, in assenza di un siffatto accordo, se ed eventualmente con quali modalità gli operatori economici del paese terzo in questione possano partecipare alle procedure di aggiudicazione di siffatti appalti pubblici settoriali nell'Unione, è giocoforza constatare che essa non è contemplata dall'articolo 207, paragrafo 5, TFUE e che essa si inserisce quindi nell'ambito della politica commerciale comune.
- 61 Dalle considerazioni esposte ai punti da 55 a 60 della presente sentenza si evince che solo l'Unione è competente ad adottare un atto di portata generale riguardante l'accesso, al suo interno, alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici degli operatori economici di un paese terzo che non abbia concluso con l'Unione un accordo internazionale che garantisca l'accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici, istituendo o un regime di accesso garantito a tali procedure in favore di detti operatori economici, o un regime che li escluda o che preveda un adeguamento del punteggio risultante dal confronto delle loro offerte con quelle presentate da altri operatori economici.
- 62 Infatti, in forza dell'articolo 2, paragrafo 1, TFUE, nei settori di competenza esclusiva dell'Unione, solo quest'ultima può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti, mentre gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione. Orbene, l'Unione non ha autorizzato gli Stati membri a legiferare o ad adottare atti giuridicamente vincolanti relativi all'accesso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici degli operatori economici di un paese terzo che non abbia concluso accordi internazionali con l'Unione. Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 50 a 52 delle sue conclusioni, l'Unione non ha neppure adottato, ad oggi, atti di tale natura cui gli Stati membri possano dare attuazione.
- 63 In assenza di atti adottati dall'Unione, spetta all'ente aggiudicatore valutare se debbano essere ammessi a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico gli operatori economici di un paese terzo che non abbia concluso con l'Unione un accordo internazionale tale da garantire l'accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici e, qualora ne decida l'ammissione, se si debba prevedere un adeguamento del punteggio risultante dal confronto tra le offerte presentate dagli operatori in parola e quelle presentate da altri operatori.
- 64 Posto che gli operatori economici dei paesi terzi che non hanno concluso con l'Unione un accordo internazionale che garantisca l'accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici non beneficiano di un diritto al trattamento non meno favorevole, a norma dell'articolo 43 della direttiva 2014/25, l'ente aggiudicatore ha la facoltà di indicare, nei documenti di gara, modalità di trattamento intese a riflettere la differenza oggettiva tra la situazione giuridica di detti operatori, da un lato, e quella degli operatori economici dell'Unione e dei paesi terzi che hanno concluso con l'Unione un siffatto accordo, ai sensi del citato articolo 43, dall'altro.

- 65 In ogni caso, le autorità nazionali non possono interpretare le disposizioni nazionali di recepimento della direttiva 2014/25 nel senso che esse si applicano altresì ad operatori economici di paesi terzi che non hanno concluso accordi di tal genere con l'Unione, che siano stati ammessi, da un ente aggiudicatore, a partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nello Stato membro interessato, e ciò a pena di violare il carattere esclusivo della competenza dell'Unione in detto settore.
- 66 Pur essendo concepibile che le modalità di trattamento di siffatti operatori debbano essere conformi a taluni requisiti, come quelli di trasparenza o di proporzionalità, un ricorso di uno di essi volto a denunciare la violazione di requisiti siffatti da parte dell'ente aggiudicatore può essere esaminato solo alla luce del diritto nazionale e non alla luce del diritto dell'Unione.
- 67 Da tutto quanto precede risulta che le autorità nazionali non sono competenti a rendere applicabili, agli operatori economici di paesi terzi che non abbiano concluso con l'Unione un accordo internazionale che garantisca l'accesso paritario e reciproco agli appalti pubblici, le disposizioni nazionali che recepiscono le norme contenute nella direttiva 2014/25. Tanto premesso, la giurisprudenza richiamata al punto 53 della presente sentenza non può condurre a dichiarare ricevibili questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione di dette norme nell'ambito della controversia tra la Kolin e la commissione di controllo.
- 68 Di conseguenza, l'interpretazione degli articoli 36 e 76 della direttiva 2014/25 non può essere, in alcun modo, pertinente ai fini della soluzione della controversia principale.
- 69 Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile.

### **Sulle spese**

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

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

**La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Visoki upravni sud (Corte amministrativa d'appello, Croazia), con decisione del 10 ottobre 2022, è irricevibile.**

Firme