



Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Seconda Sezione)

13 ottobre 2015*

«Appalti pubblici di servizi — Gara d'appalto — Assistenza tecnica all'amministrazione doganale della Serbia per supportare la modernizzazione del sistema doganale — Conflitto di interessi — Rigetto dell'offerta di un offerente da parte della delegazione dell'Unione nella Repubblica di Serbia — Rigetto implicito del reclamo proposto avverso il rigetto dell'offerta»

Nella causa T-403/12,

Intrasoft International SA, con sede in Lussemburgo (Lussemburgo), rappresentata da S. Pappas, avvocato,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata da F. Erlbacher e E. Georgieva, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto, da un lato, la domanda di annullamento della lettera del 10 agosto 2012 della Commissione, che agisce tramite la delegazione dell'Unione europea nella Repubblica di Serbia, la quale indica che l'appalto di servizi relativo alla gara d'appalto EuropeAid/131367/C/SER/RS, intitolata «Assistenza tecnica all'amministrazione doganale della Serbia per supportare la modernizzazione del sistema doganale» (GU 2011/S 160-262712), non poteva essere aggiudicato al consorzio di cui la Intrasoft International SA faceva parte, dall'altro, la domanda di annullamento di un'asserita decisione implicita di rigetto del reclamo proposto dalla ricorrente avverso la lettera del 10 agosto 2012,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione),

composto da M. E. Martins Ribeiro, presidente, S. Gervasoni e L. Madise (relatore), giudici,

cancelliere: L. Grzegorzcyk, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 gennaio 2015,

ha pronunciato la seguente

* Lingua processuale: l'inglese.

Sentenza

Fatti

- 1 La ricorrente, Intrasoft International SA, è una società con sede in Lussemburgo (Lussemburgo).
- 2 Il 23 agosto 2011, è stato pubblicato nel Supplemento alla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (GU 2011/S 160 262712) un bando di gara recante il riferimento EuropeAid/131367/C/SER/RS (in prosieguo: «il bando di gara»).
- 3 Tale bando aveva ad oggetto la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi intitolato «Assistenza tecnica all'amministrazione doganale della Serbia per supportare la modernizzazione del sistema doganale». Il periodo inizialmente previsto per l'esecuzione del contratto era di 24 mesi e l'importo massimo ammontava a EUR 4 100 000.
- 4 La gara d'appalto si inseriva nell'ambito dello strumento di assistenza preadesione, istituito e disciplinato dal regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio, del 17 luglio 2006, che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA) (GU L 210, pag. 82). Tale strumento mira a fornire un'assistenza a vari paesi, fra cui la Serbia, affinché si allineino progressivamente con gli standard, le politiche e l'acquis dell'Unione europea, in prospettiva della loro adesione futura. Tale assistenza viene fornita, tra l'altro, mediante il lancio e l'assegnazione, da parte della Commissione europea, di appalti pubblici per prestazioni di servizi, che gli aggiudicatari di tali appalti forniscono ad un paese beneficiario, ossia, nel caso di specie, la Serbia.
- 5 L'amministrazione aggiudicatrice era l'Unione, rappresentata dalla Commissione, che agiva per mezzo della sua delegazione nella Repubblica di Serbia (in prosieguo: l'«amministrazione aggiudicatrice»).
- 6 Secondo quanto stabilito nel bando di gara, l'appalto doveva essere aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito di una procedura ristretta articolata in due fasi, ossia la preselezione e l'assegnazione.
- 7 Nell'ambito della fase di preselezione, le persone interessate dovevano presentare, entro il termine del 30 settembre 2011, le proprie candidature, corredate da taluni dati a riprova delle loro capacità finanziarie, tecniche e professionali per realizzare l'oggetto dell'appalto. Al termine della valutazione delle candidature, una commissione valutatrice doveva redigere un elenco ristretto dei candidati ammissibili, costituito da quattro a otto candidati, invitati a partecipare alla seconda fase della procedura, quella dell'assegnazione dell'appalto.
- 8 Durante tale gara d'appalto, la ricorrente ha posto all'amministrazione aggiudicatrice alcune domande scritte ai sensi del punto 3.3.5, intitolato «Informazioni supplementari nel corso della procedura», della *Guida pratica delle procedure contrattuali per le azioni esterne della Commissione*, elaborata dai servizi della Commissione per l'attuazione concreta di aiuti finanziari ai Paesi terzi (in prosieguo: la «guida pratica»). Essa ha chiesto in particolare se una società o un esperto, che intendesse partecipare alla gara d'appalto in questione, dovesse essere considerato in una situazione di conflitto d'interessi in ragione della sua partecipazione all'esecuzione, nell'ambito di una precedente gara d'appalto, del progetto EuropeAid/128180/C/SER/RS.
- 9 Con messaggio di posta elettronica del 26 aprile 2012, l'amministrazione aggiudicatrice ha risposto alla ricorrente che «la società o l'esperto che ha partecipato all'esecuzione del progetto EuropeAid/128180/C/SER/RS e che intende partecipare alla gara d'appalto EuropeAid/131367/C/SER/RS non si trova in una situazione di conflitto di interessi, [in quanto] la gara d'appalto EuropeAid/128180/C/SER/RS non comprendeva la preparazione della documentazione relativa alla gara d'appalto EuropeAid/131367/C/SER/RS».

- 10 La ricorrente ha depositato la propria documentazione al fine di partecipare alla gara d'appalto, all'interno di un consorzio costituito insieme alla Serbian Business Systems d.o.o. ed alla Belit d.o.o.
- 11 Con lettera del 10 agosto 2012, l'amministrazione aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente che l'appalto non poteva essere aggiudicato al consorzio di cui faceva parte (in prosieguo: la «lettera del 10 agosto 2012»). Tale lettera conteneva le seguenti precisazioni:
- la ricorrente ha avuto un accesso privilegiato ad un certo numero di documenti che costituiscono parte integrante della procedura di gara in corso e che costituivano il punto di partenza per determinare le attività oggetto dell'appalto in questione. L'accesso privilegiato di cui essa ha beneficiato era legato alla sua partecipazione alla redazione di detti documenti nell'ambito di una precedente procedura di gara, EuropeAid/128180/C/SER/RS; pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice, in applicazione del punto 2.3.6 della guida pratica, ritiene sussistere la condizione relativa al conflitto di interessi;
 - l'amministrazione aggiudicatrice ha potuto verificare nel dettaglio le circostanze del caso di specie solamente dopo aver attentamente esaminato, caso per caso, tutte le candidature;
 - la ricorrente poteva esprimere il proprio disaccordo o richiedere informazioni supplementari sino al 17 agosto 2012, data in cui l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe proseguito la procedura di aggiudicazione.
- 12 Con messaggio di posta elettronica del 13 agosto 2012, la ricorrente ha chiesto all'amministrazione aggiudicatrice di modificare la sua decisione, contenuta nella lettera del 10 agosto 2012, di respingere l'offerta del consorzio di cui faceva parte, e le ha inoltre richiesto la sospensione della gara d'appalto nell'attesa di ricevere maggiori informazioni sulle ragioni di tale rigetto.
- 13 Con lettera del 12 settembre 2012, l'amministrazione aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente di non potere aggiudicare l'appalto al consorzio di cui faceva parte a causa del conflitto d'interessi menzionato nella lettera del 10 agosto 2012, e le ha inoltre comunicato il nome del consorzio al quale l'appalto doveva essere aggiudicato secondo il parere della commissione valutatrice (in prosieguo: la «lettera del 12 settembre 2012»).

Procedimento e conclusioni delle parti

- 14 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale l'11 settembre 2012, la ricorrente ha proposto il presente ricorso volto all'annullamento della decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012 e dell'asserita decisione implicita di rigetto del suo reclamo.
- 15 Con atto separato, depositato presso la cancelleria del Tribunale il 21 settembre 2012, la ricorrente ha presentato una domanda di sospensione dell'esecuzione della decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012, dell'asserita decisione implicita di rigetto del suo reclamo, nonché della decisione contenuta nella lettera del 12 settembre 2012, intervenuta dopo la presentazione del ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale.
- 16 Con ordinanza del 14 novembre 2012, Intrasoft International/Commissione (T-403/12 R, EU:T:2012:600), il giudice del procedimento sommario ha respinto la domanda di provvedimenti provvisori per insussistenza dell'urgenza.
- 17 A seguito della modifica delle sezioni del Tribunale, il giudice relatore è stato assegnato alla Seconda Sezione, alla quale, di conseguenza, è stata attribuita la presente causa.

- 18 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Seconda Sezione) ha deciso di aprire la fase orale del procedimento.
- 19 Le parti hanno svolto le loro difese ed hanno risposto ai quesiti orali del Tribunale all'udienza del 27 gennaio 2015.
- 20 La fase orale del procedimento è stata chiusa il 12 febbraio 2015.
- 21 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:
- annullare la decisione della delegazione dell'Unione nella Repubblica di Serbia contenuta nella lettera del 10 agosto 2012, nonché la decisione implicita di rigetto del suo reclamo avverso tale decisione, ed essere pertanto autorizzata a partecipare alle fasi successive della gara d'appalto;
 - condannare la convenuta alle spese.
- 22 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:
- respingere il ricorso in quanto irricevibile;
 - in subordine, respingere il ricorso in quanto infondato;
 - condannare la ricorrente alle spese sopportate dalla medesima e dalla Commissione nel presente procedimento nonché nel procedimento sommario nella causa T-403/12 R.
- 23 In risposta ad una domanda posta in udienza, e come riportato nel verbale d'udienza, la ricorrente ha precisato che la lettera del 12 settembre 2012, inviata dall'amministrazione aggiudicatrice il giorno successivo alla presentazione del suo ricorso dinanzi al Tribunale, non costituiva oggetto di detto ricorso né di un adeguamento delle sue conclusioni. A tale riguardo, la ricorrente ha spiegato che la lettera del 12 settembre 2012 era un mero atto confermativo della lettera del 10 agosto 2012 e, di conseguenza, ne seguiva la sorte.

In diritto

Sulla ricevibilità

- 24 Occorre ricordare, in via preliminare, che gli atti oggetto del presente ricorso (in prosieguo: gli «atti impugnati») sono, in primo luogo, la lettera del 10 agosto 2012, che indica che l'appalto di servizi in questione non poteva essere aggiudicato al consorzio di cui faceva parte la ricorrente poiché quest'ultima si trovava in una situazione di conflitto di interessi e, in secondo luogo, l'asserita decisione implicita di rigetto del reclamo della ricorrente avverso la lettera del 10 agosto 2012.
- 25 La Commissione, senza sollevare formalmente un'eccezione di irricevibilità ai sensi dell'articolo 114 del regolamento di procedura del Tribunale, deduce, nel suo controricorso, argomenti che contestano la ricevibilità del ricorso relativamente agli atti impugnati.
- 26 Essa sostiene che la lettera del 10 agosto non sia un atto impugnabile in quanto è volta semplicemente ad informare la ricorrente del fatto che la sua candidatura è stata ritenuta rappresentare un caso di conflitto di interessi ed a fornire le ragioni di tale valutazione. Il solo atto che può costituire oggetto di un ricorso di annullamento sarebbe la decisione comunicata con lettera del 12 settembre 2012, la quale, non essendo stata impugnata nei termini previsti, sarebbe divenuta definitiva nei confronti della ricorrente.

- 27 Per quanto riguarda l'asserita decisione implicita di rigetto del reclamo, la Commissione precisa che il termine di quindici giorni lavorativi per rispondere ad un reclamo, previsto al punto 2.4.15.1 della guida pratica, costituisce soltanto una «regola di sforzo massimo», stabilita nell'interesse di una buona amministrazione, e che, di conseguenza, la mancanza di risposta entro tale termine non può essere considerata come un rigetto implicito del reclamo della ricorrente. Infatti, la guida pratica non potrebbe stabilire norme obbligatorie per quanto riguarda i termini applicabili per proporre un ricorso dinanzi al Tribunale.
- 28 Da una costante giurisprudenza sulla ricevibilità dei ricorsi di annullamento si evince che, per qualificare gli atti impugnati, occorre riferirsi alla sostanza stessa dei medesimi, nonché all'intenzione del loro autore. A tal riguardo, costituiscono atti impugnabili, in linea di principio, i provvedimenti che stabiliscono in modo definitivo la posizione della Commissione al termine di una procedura amministrativa e che sono intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti tali da incidere sugli interessi del ricorrente, con esclusione dei provvedimenti provvisori destinati a preparare la decisione finale, privi di tali effetti (v. sentenza del 17 luglio 2008, Athinaiki Techniki/Commissione, C-521/06 P, Racc., EU:C:2008:422, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).
- 29 La forma in cui si adotta un atto o una decisione è, in linea di massima, irrilevante ai fini della ricevibilità di un ricorso di annullamento. Pertanto, è irrilevante in ordine alla qualifica dell'atto in questione che esso soddisfi o meno taluni requisiti formali, vale a dire, se sia correttamente intitolato dal suo autore, se sia sufficientemente motivato o se menzioni le disposizioni che costituiscono il suo fondamento giuridico. Così, è irrilevante che tale atto non sia indicato quale «decisione» o che esso non contenga il riferimento alle disposizioni del TFUE che prevedono i mezzi di ricorso disponibili nei suoi confronti (v., per analogia, sentenza Athinaiki Techniki/Commissione, punto 28 supra, EU:C:2008:422, punti 43 e 44 e giurisprudenza ivi citata).
- 30 Diversamente ragionando, la Commissione potrebbe sottrarsi al controllo del giudice dell'Unione semplicemente violando tali requisiti di forma. Infatti, dalla giurisprudenza risulta che, essendo l'Unione una comunità di diritto le cui istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti al Trattato, le modalità procedurali applicabili ai ricorsi di cui è investito il giudice dell'Unione devono essere interpretate, per quanto possibile, in modo tale che dette modalità possano ricevere un'applicazione che contribuisca al perseguimento dell'obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione (v. sentenza Athinaiki Techniki/Commissione, punto 28 supra, EU:C:2008:422, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).
- 31 È alla luce di tali considerazioni che occorre stabilire, innanzitutto, se, come sostiene la ricorrente, gli atti impugnati, menzionati al precedente punto 24, sono atti che le arrecano un pregiudizio e che, quindi, possono costituire l'oggetto di un ricorso di annullamento.

Sulla ricevibilità del ricorso diretto contro la lettera del 10 agosto 2012

- 32 Gli effetti giuridici vincolanti di un atto devono essere valutati in funzione di criteri obiettivi, quali il contenuto di tale atto (v., per analogia, sentenza del 20 marzo 1997, Francia/Commissione, C-57/95, Racc., EU:C:1997:164, punto 9), tenendo conto, eventualmente, del contesto in cui quest'ultimo è stato adottato (v., per analogia, ordinanza del 13 giugno 1991, Sunzest/Commissione, C-50/90, Racc., EU:C:1991:253, punto 13, e sentenza del 26 gennaio 2010, Internationaler Hilfsfonds/Commissione, C-362/08 P, Racc., EU:C:2010:40, punto 58) nonché dei poteri dell'istituzione che emana l'atto (v., per analogia, sentenza del 1° dicembre 2005, Italia/Commissione, C-301/03, Racc., EU:C:2005:727, punto 28).
- 33 Nel caso di specie, occorre esaminare se la lettera del 10 agosto 2012, alla luce del suo contenuto, del contesto di fatto e di diritto nel quale si inserisce, nonché del potere di cui dispone l'autorità che l'ha emanata, possa essere qualificata come una decisione che arreca pregiudizio alla ricorrente.

- 34 A tale riguardo, in via preliminare, occorre rilevare, in primo luogo, che nella fattispecie non viene contestato che gli atti impugnati, redatti dalla delegazione dell'Unione nella Repubblica di Serbia, siano imputabili alla Commissione, la quale è quindi la legittima convenuta nell'ambito del presente ricorso. Infatti, come sostiene correttamente la ricorrente, dalla giurisprudenza del Tribunale emerge che gli atti adottati da detta delegazione, che agisce in qualità di ordinatore subdelegato della Commissione, non consentono di riconoscerle la qualità di convenuta e sono, nel caso di specie, imputabili alla Commissione (v., in tal senso, ordinanza del 4 giugno 2012, Elti/Delegazione dell'Unione in Montenegro, T-395/11, Racc., EU:T:2012:274, punto 64).
- 35 In secondo luogo, è altresì incontrovertito che la ricorrente, in quanto membro del consorzio, sia la destinataria degli atti ad essa indirizzati, in ragione della struttura trasparente di detto consorzio nei confronti dei suoi membri (v., in tal senso, sentenza del 19 marzo 2010, Evropaiki Dynamiki/Commissione, T-50/05, Racc., EU:T:2010:101, punto 40).
- 36 Per quanto riguarda, in primo luogo, il contenuto della lettera del 10 agosto 2012, occorre ricordare che essa è formulata nei termini seguenti:
- «Sono spiacente di informarla (...) che la sua candidatura era stata ritenuta costituire un conflitto di interessi e [che l'appalto] non poteva pertanto essere aggiudicato al suo consorzio. [L']amministrazione aggiudicatrice è giunta alla conclusione che il contratto non poteva essere aggiudicato al consorzio [di cui lei fa parte], in quanto lei si trova in una situazione di conflitto di interessi. [L']amministrazione aggiudicatrice, a norma del punto 2.3.6 della [guida pratica], constata che ricorrono le condizioni [che determinano] l'esistenza di un conflitto di interessi (...)».
- 37 Emerge pertanto dalla formulazione stessa di tale lettera che il suo autore non ha soltanto informato la ricorrente, come sostiene la Commissione, della sua intenzione di escluderla dall'aggiudicazione dell'appalto, ma le ha anche comunicato la decisione di non aggiudicare l'appalto al consorzio di cui faceva parte.
- 38 Tale conclusione non è inficiata dalla menzione, nella lettera del 10 agosto 2012, di un termine per manifestare all'amministrazione aggiudicatrice il proprio disaccordo o chiederle informazioni supplementari. Tale menzione, conforme alle disposizioni di cui al punto 2.4.15.1 della guida pratica, mira in particolare, da un lato, a riconoscere al destinatario dell'atto, per mezzo di un reclamo, la possibilità di proteggere i suoi interessi pregiudicati dalla decisione in questione, senza avere bisogno di agire in giudizio e, dall'altro, a consentirgli di ottenere ulteriori chiarimenti su una decisione già adottata.
- 39 Peraltro, la possibilità di proporre un reclamo, come indicato in particolare al punto 2.4.15.3 della guida pratica ed alla nota esplicativa a piè di pagina alla quale si rinvia in tale punto, non pregiudica il diritto del destinatario dell'atto di adire il Tribunale, entro i termini espressamente previsti dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2011, CMB e Christof/Commissione, T-407/07, EU:T:2011:477, punto 103). Ne deriva che tale possibilità non esonera la ricorrente dall'obbligo di rispettare detti termini al fine di presentare un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale.
- 40 In secondo luogo, per quanto riguarda il contesto nel quale la lettera del 10 agosto 2012 si inserisce, occorre notare che quest'ultima riguarda la valutazione delle condizioni di esclusione degli offerenti selezionati per l'aggiudicazione dell'appalto, quali indicate al punto 2.3.3 della guida pratica, conformemente a quanto indicato al paragrafo 15 del bando di gara. Tale valutazione si è conclusa con la comunicazione che l'appalto non poteva essere aggiudicato al consorzio di cui la ricorrente faceva parte. Non risulta infatti dai documenti del fascicolo che, successivamente alla lettera del 10 agosto 2012, sia stata nuovamente effettuata una valutazione dell'offerta del consorzio di cui la ricorrente faceva parte.

- 41 Si deve aggiungere che, nella lettera del 10 agosto 2012, il suo autore ha comunicato che, in assenza di contestazioni o di richieste di informazioni supplementari, «prosegu[iva] la procedura di aggiudicazione dell'appalto in conformità alle prescrizioni della guida pratica». Ebbene, occorre osservare che la lettera del 12 settembre 2012, inviata alla ricorrente il giorno successivo alla presentazione del ricorso dinanzi al Tribunale, contiene il nome dell'aggiudicatario dell'appalto proposto dalla commissione valutatrice. Ne risulta che, nonostante la richiesta della ricorrente, contenuta nel suo reclamo del 13 agosto 2012, di sospendere la gara d'appalto in corso, l'amministrazione aggiudicatrice ha proseguito tale gara ed ha indicato, tra i candidati rimasti, il potenziale aggiudicatario dell'appalto.
- 42 A tale riguardo, si deve aggiungere che la menzione, all'ultima linea della lettera del 12 settembre 2012, della possibilità, a norma del punto 2.4.15 della guida pratica, di proporre ricorso per contestare la decisione in questione può essere interpretata nel senso che essa fa riferimento alla possibilità di contestare la decisione di aggiudicare l'appalto ad un altro offerente. L'indicazione in questione non è pertanto decisiva per qualificare la lettera del 12 settembre 2012 come una decisione finale di esclusione della ricorrente. Tuttavia, tale indicazione dimostra, ancora una volta, e come sostiene correttamente la ricorrente, che la gara d'appalto non è stata sospesa, e si è conclusa con l'indicazione del potenziale aggiudicatario dell'appalto da parte della commissione valutatrice.
- 43 Pertanto, si deve necessariamente constatare che, alla luce del contesto nel quale si inserisce la lettera del 10 agosto 2012, il suo autore ha preso posizione sulla capacità della ricorrente di partecipare alla fase di aggiudicazione dell'appalto, ha inoltre indicato che la ricorrente si trovava in una situazione di conflitto di interessi ed ha, di conseguenza, stabilito che l'appalto non poteva essere aggiudicato al consorzio di cui faceva parte la ricorrente.
- 44 In terzo ed ultimo luogo, per quanto riguarda i poteri di cui disponeva l'autore della lettera impugnata, ossia la delegazione dell'Unione nella Repubblica di Serbia, come è stato indicato al precedente punto 5, quest'ultima agiva in qualità di amministrazione aggiudicatrice subdelegata della Commissione. Di conseguenza, l'atto in questione non costituisce un semplice parere della commissione valutatrice sulle condizioni di esclusione di un offerente per ragioni di conflitto di interesse, bensì una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice che può, in quanto tale, produrre effetti giuridici vincolanti per il suo destinatario.
- 45 Dall'insieme delle considerazioni che precedono emerge che, alla luce del suo contenuto, del contesto di diritto e di fatto nel quale si inserisce, nonché dei poteri dell'autorità che l'ha emessa, la lettera del 10 agosto 2012 ha potuto produrre effetti giuridici che incidono sugli interessi della ricorrente, trattandosi quindi di un atto che le arreca pregiudizio e che può costituire l'oggetto di un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale.
- 46 Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, la ricorrente, di fronte ad un atto che le arrecava pregiudizio, ai sensi della giurisprudenza citata ai precedenti punti da 28 a 30 e 32, ha correttamente proposto il presente ricorso entro i termini calcolati a decorrere dall'adozione di detto atto. Essa non doveva attendere una risposta al suo reclamo del 13 agosto 2012 per proporre il presente ricorso, come emerge dalla giurisprudenza menzionata al precedente punto 39, nonché dai punti 2.4.15.1 e 2.4.15.3 della guida pratica.
- 47 Dal momento che la lettera del 10 agosto 2012 è stata qualificata come atto impugnabile, occorre rispondere agli argomenti della Commissione, secondo i quali la lettera del 12 settembre 2012 contiene una decisione che arreca un pregiudizio alla ricorrente, la quale, non essendo stata impugnata entro i termini di ricorso contenzioso, avrebbe reso definitiva l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per ragioni di conflitto di interessi. Un tale argomento rende necessario verificare se l'interesse ad agire della ricorrente perduri in seguito all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della lettera del 12 settembre 2012, il che presuppone che il ricorso possa, con il suo esito, procurare un beneficio alla parte che l'ha proposto (v., in tal senso, ordinanza del 25 giugno 2014, Accorinti e a./BCE, T-224/12, EU:T:2014:611, punto 68).

- 48 A tale riguardo, emerge dalla giurisprudenza che l'annullamento di un atto confermativo si confonde con quello dell'atto anteriore, di modo che l'annullamento dell'atto anteriore implica automaticamente quello dell'atto confermativo (v., in tal senso, sentenza del 5 maggio 1998, Regno Unito/Commissione, C-180/96, Racc., EU:C:1998:192, punto 28 e giurisprudenza ivi citata). Così, nel caso in cui la decisione confermata non sia divenuta definitiva, l'interessato può impugnare o la decisione confermata o la decisione confermativa oppure entrambe le decisioni (v. sentenza del 16 settembre 1998, Waterleiding Maatschappij/Commissione, T-188/95, Racc., EU:T:1998:217, punto 108 e giurisprudenza ivi citata).
- 49 In primo luogo, occorre osservare nel caso di specie che la menzione contenuta nella lettera del 12 settembre 2012 del parere della commissione valutatrice di aggiudicare l'appalto ad un altro consorzio non può conferire alla lettera in questione la natura di atto che sostituisce la lettera del 10 agosto 2012 per quanto riguarda il rigetto dell'offerta del consorzio di cui la ricorrente faceva parte. Infatti, tale menzione non modifica né la motivazione, né il contenuto, né gli effetti della decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012 per quanto riguarda, in particolare, l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per ragioni di conflitto di interessi ed il conseguente rigetto dell'offerta del consorzio di cui faceva parte.
- 50 In secondo luogo, per quanto riguarda l'indicazione secondo la quale l'amministrazione aggiudicatrice ha tenuto conto degli elementi fatti valere dalla ricorrente nella sua lettera del 13 agosto 2012, occorre notare che, se è vero che la lettera del 12 settembre 2012 costituisce una risposta al reclamo della ricorrente, gli elementi fatti valere da quest'ultima in tale lettera non costituiscono in alcun modo fatti nuovi o rilevanti rispetto a quelli già conosciuti dall'amministrazione aggiudicatrice al momento dell'emissione della lettera del 10 agosto 2012, come ritenuto dalla giurisprudenza sulla qualificazione dei fatti come «nuovi e rilevanti» (v., in tal senso, sentenza del 7 febbraio 2001, Inpesca/Commissione, T-186/98, Racc., EU:T:2001:42, punti 50 e 51 e giurisprudenza ivi citata). Infatti, gli elementi presentati dalla ricorrente si limitano a ricordare all'amministrazione aggiudicatrice che quest'ultima aveva precedentemente escluso l'esistenza di un conflitto di interessi rispetto alla ricorrente, informandola di tali elementi attraverso il messaggio di posta elettronica del 26 aprile 2012 (v. punto 9 supra). Inoltre, la lettera del 12 settembre non fornisce informazioni quanto all'eventuale riesame della posizione della ricorrente od alla valutazione della sua offerta effettuata successivamente all'invio della lettera del 10 agosto 2012.
- 51 Inoltre, sebbene secondo l'articolo 149, paragrafo 3, quarto comma, del regolamento (CE, Euratom) n. 2342/2002 della Commissione, del 23 dicembre 2002, recante modalità d'esecuzione del regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 (GU L 357, pag. 1), gli offerenti non aggiudicatari hanno la possibilità di richiedere, per iscritto, all'amministrazione aggiudicatrice di comunicare loro «informazioni supplementari sui motivi del rifiuto», la comunicazione di tali informazioni supplementari non ha l'effetto di sostituire la decisione con cui viene respinta l'offerta presentata dal partecipante alla gara interessato, dal momento che la motivazione di tale decisione può essere effettuata in più tappe (v. sentenza del 22 maggio 2012, Sviluppo Globale/Commissione, T-6/10, EU:T:2012:245, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).
- 52 Da quanto precede risulta che l'amministrazione aggiudicatrice, con la sua lettera del 12 settembre 2012, si limita sostanzialmente a riaffermare la posizione già espressa nella sua lettera del 10 agosto 2012, basandosi sugli stessi elementi di fatto e di diritto. Nessuna delle informazioni contenute in tale lettera può costituire un elemento nuovo o rilevante, tale da conferirle il carattere di una decisione sull'esclusione della ricorrente che surroga o si sostituisce alla lettera del 10 agosto 2012.
- 53 Di conseguenza, la lettera del 12 settembre 2012 non ha privato il presente ricorso, proposto nei confronti della decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012, del suo oggetto, di modo che l'interesse ad agire della ricorrente, volto a rimediare alla sua esclusione dalla gara d'appalto ed al rigetto dell'offerta del consorzio di cui faceva parte, persiste nel caso di specie. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, e come è già stato indicato al precedente punto 46, la ricorrente ha correttamente presentato un ricorso volto all'annullamento della decisione contenuta nella lettera del

10 agosto 2012, in quanto misura produttiva di effetti giuridici di natura obbligatoria che incidono sui suoi interessi. In caso contrario, essa si sarebbe esposta al rischio di vedersi eccepire dalla Commissione la tardività del suo ricorso per il fatto che la lettera del 12 settembre 2012 è in sostanza, come correttamente sostiene la ricorrente, un atto meramente confermativo della lettera del 10 agosto 2012.

- 54 Risulta infatti da una giurisprudenza consolidata che, qualora il ricorrente lasci scadere il termine per impugnare la decisione con cui sia stato stabilito in termini univoci un provvedimento produttivo di effetti giuridici di natura obbligatoria che incidano sui suoi interessi, tale termine non può essere ripristinato per effetto della richiesta rivolta all'istituzione di rivedere la sua decisione e della proposizione del ricorso avverso la decisione di diniego che confermi la decisione precedentemente emanata (v. ordinanza del 10 ottobre 2006, *Evropaïki Dynamiki/Commissione*, T-106/05, EU:T:2006:299, punto 55 e giurisprudenza ivi citata).
- 55 Si deve di conseguenza dichiarare ricevibile il ricorso volto ad ottenere l'annullamento della decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012.

Sulla decisione implicita di rigetto del reclamo della ricorrente

- 56 Per quanto riguarda la domanda di annullamento dell'asserita decisione implicita di rigetto del reclamo della ricorrente, occorre esaminare se tale asserita decisione possa essere qualificata come atto impugnabile ai sensi dell'articolo 263 TFUE.
- 57 A tale riguardo, occorre ricordare che il silenzio opposto da un'istituzione quando essa è invitata a prendere posizione non può, da solo ed in quanto tale, produrre effetti giuridici, a meno che tale conseguenza non sia espressamente prevista da una disposizione di diritto dell'Unione. In mancanza di disposizioni espresse di diritto dell'Unione, che fissino un termine alla scadenza del quale si ritiene adottata una decisione implicita e che definiscano il contenuto di detta decisione, l'inerzia di un'istituzione non può essere equiparata ad una decisione, salvo voler mettere in discussione il sistema dei mezzi di tutela giurisdizionale istituito dal Trattato (sentenza del 13 dicembre 1999, *SGA/Commissione*, T-189/95, T-39/96 e T-123/96, Racc., EU:T:1999:317, punti 26 e 27).
- 58 Ebbene, secondo la giurisprudenza del Tribunale, la guida pratica costituisce un semplice strumento di lavoro che chiarisce le procedure applicabili in un determinato settore e non può, in quanto tale, costituire il fondamento giuridico per l'introduzione di un reclamo amministrativo previo obbligatorio (sentenza dell'8 ottobre 2008, *Sogelma/AER*, T-411/06, Racc., EU:T:2008:419, punto 66). Allo stesso modo, nel caso di specie, detta guida non può nemmeno costituire il fondamento giuridico per l'introduzione di un termine di decadenza in favore dell'autorità incaricata di rispondere ad un reclamo. Di conseguenza, l'inerzia dell'amministrazione aggiudicatrice allo scadere del termine fissato al punto 2.4.15.1 della guida pratica non può essere qualificata come decisione implicita di rigetto del reclamo della ricorrente. Peraltro, la guida pratica non prevede alcun effetto derivante dal decorso del termine in questione.
- 59 Alla luce di quanto precede, il ricorso deve essere dichiarato irricevibile nella parte relativa alla domanda di annullamento della decisione implicita di rigetto del reclamo della ricorrente.

Nel merito

- 60 La ricorrente deduce due motivi a sostegno del proprio ricorso. Il primo motivo comprende due censure, una vertente sulla violazione del capitolato d'onere della gara d'appalto in questione, l'altro vertente sulla violazione del principio di buona amministrazione. Con il secondo motivo, la ricorrente

deduce la violazione dell'articolo 94 del regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio, del 25 giugno 2002, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee (in prosieguo: il «regolamento finanziario») (GU L 248, pag. 1).

- 61 Occorre innanzitutto esaminare il secondo motivo di ricorso.
- 62 Nell'ambito del secondo motivo, vertente sulla violazione dell'articolo 94 del regolamento finanziario, la ricorrente sostiene, da un lato, come prima censura, di non aver potuto presentare le sue osservazioni prima di essere esclusa definitivamente dalla gara d'appalto e, dall'altro, come seconda censura, che non è stata fornita alcuna prova effettiva a sostegno dell'esistenza, per quanto la riguardava, di una situazione di conflitto di interessi. Essa si riferisce alla giurisprudenza del Tribunale che applica l'articolo 94 del regolamento finanziario (sentenza del 18 aprile 2007, *Deloitte Business Advisory/Commissione*, T-195/05, Racc., EU:T:2007:107, punto 67), nonché al punto 2.3.6 della guida pratica, per sostenere, in sostanza, che l'esclusione di un offerente deve basarsi sull'esistenza di un rischio effettivo di conflitto di interessi, basato sulle circostanze specifiche del caso di specie, lasciando all'interessato la possibilità di dimostrare l'assenza di conflitto di interessi.
- 63 Per quanto riguarda, in particolare, gli elementi che consentono di escludere l'esistenza di un conflitto di interessi, la ricorrente sottolinea che non ha partecipato all'elaborazione del capitolato d'oneri o delle condizioni relative al progetto di gara d'appalto *EuropeAid/131367/C/SER/RS*. Inoltre, essa precisa di non essere stata in possesso di un numero maggiore di elementi rispetto a quelli che sono stati messi a disposizione di tutti gli offerenti. Di conseguenza, secondo la ricorrente, il fatto di avere partecipato all'elaborazione di taluni documenti nell'ambito di un'altra gara d'appalto, senza che tale elaborazione abbia avuto luogo in previsione del nuovo appalto, non può costituire di per sé un motivo sufficiente per dichiarare l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi nei suoi confronti. Inoltre, essa considera che dalla giurisprudenza della Corte (sentenza del 3 marzo 2005, *Fabricom*, C-21/03 e C-34/03, Racc., EU:C:2005:127) risulta che l'esperienza acquisita in virtù di un appalto anteriore non può essere tale da falsare la concorrenza, poiché in tal caso la maggior parte degli offerenti dovrebbe essere esclusa dalle nuove gare d'appalto per tale motivo.
- 64 La Commissione sostiene che la lettera del 10 agosto 2012 riconosceva espressamente alla ricorrente la possibilità di chiarire la propria situazione prima che fosse adottata la decisione contenuta nella lettera del 12 settembre 2012. Inoltre, da tale ultima lettera risulterebbe che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe «tenuto nella dovuta considerazione gli elementi che la ricorrente [aveva] esposto nella [sua] lettera (...) del 13 agosto [2012]» e si sarebbe basata sull'analisi delle offerte concrete.
- 65 Per quanto riguarda gli elementi di prova del conflitto di interessi in questione, la Commissione sostiene che, come emerge dalla lettera del 12 settembre 2012, un certo numero di documenti predisposti dalla ricorrente nell'ambito di un precedente appalto erano stati aggiunti al capitolato d'oneri della nuova gara d'appalto. Tali documenti «costituivano la base di una parte considerevole delle attività oggetto della gara d'appalto in corso». La Commissione non contesta, come ha rilevato la ricorrente, che i documenti siano stati messi a disposizione di tutti i potenziali candidati. Essa obietta, tuttavia, che la ricorrente ha avuto accesso a detti documenti prima degli altri offerenti, beneficiando in tal modo di un vantaggio concorrenziale, in particolare nella ricerca di esperti qualificati. Peraltro, senza pretendere che sia questo il caso di specie, la Commissione suggerisce che, dal momento che ha partecipato alla loro predisposizione, la ricorrente sarebbe stata nelle condizioni di predisporre i documenti in questione in modo tale da procurarsi un vantaggio concorrenziale nel mercato in questione.
- 66 Infine, la giurisprudenza citata dalla ricorrente (sentenza *Fabricom*, punto 63 supra, EU:C:2005:127, punti 29 e 36) non sosterrrebbe la tesi di quest'ultima, ma avvalorerebbe piuttosto la posizione della Commissione, ossia che la persona che ha partecipato a taluni lavori preparatori può essere favorita nel formulare la sua offerta a causa delle informazioni relative all'appalto pubblico in questione che ha potuto ottenere effettuando i detti lavori preparatori. Orbene, tutti gli offerenti devono avere le stesse

possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte. Pertanto, la Commissione considera sufficiente avere dimostrato l'esistenza di un rischio consistente in un vantaggio concorrenziale per la ricorrente, senza che sia necessario dimostrare che detto vantaggio ha avuto conseguenze concrete nel caso di specie.

67 Occorre precisare che la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi della Commissione è disciplinata dalle disposizioni del titolo V della prima parte del regolamento finanziario.

68 La base giuridica della lettera del 10 agosto 2012 si trova nell'articolo 94 del regolamento finanziario, richiamato al punto 15 del capitolato d'oneri. Il regolamento in questione si applica, secondo la sua stessa formulazione, a tutti gli appalti pubblici finanziati interamente o parzialmente dal bilancio delle Comunità, e ora dell'Unione.

69 L'articolo 94 del regolamento finanziario contiene le seguenti disposizioni:

«Sono esclusi dall'attribuzione di un appalto i candidati o offerenti che, in occasione della procedura di aggiudicazione dell'appalto in oggetto:

a) si trovino in situazione di conflitto di interessi (...).».

70 Il paragrafo 15 del capitolato d'oneri, intitolato «Motivi di esclusione», così dispone:

«Nell'atto di candidatura i candidati dovranno presentare la dichiarazione firmata, allegata all'atto standard di candidatura, da cui risulta che non si trovano in nessuno dei casi di esclusione elencati alla sezione 2.3.3 della [guida pratica].».

71 Ai sensi del punto 2.3.3 della guida pratica:

«Sono esclusi dall'aggiudicazione dell'appalto i candidati, richiedenti od offerenti che, nel corso della procedura di appalto:

a) si trovino in situazione di conflitto d'interessi;

(...)

Si rammenta che, prima che venga proposto (commissione valutatrice) e deciso (amministrazione aggiudicatrice) di escludere un candidato/offerdente/richiedente, occorre che siano presi in considerazione principi quali il diritto alla difesa e la proporzionalità. A tal fine, l'esclusione deve avvenire sulla base di un contraddittorio con il candidato/l'offerente/il richiedente interessato, tranne se gli elementi di prova sono tali da rendere superflui ulteriori chiarimenti (es.: esplicito riconoscimento da parte del candidato/dell'offerente/del richiedente dei fatti causa dell'esclusione).».

72 Al punto 2.3.6 della guida pratica, menzionato nella lettera del 10 agosto 2012, è contenuta la nozione di conflitto di interessi, spiegata nei seguenti termini:

«Conflitto di interessi: Vi è conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni dell'amministrazione aggiudicatrice/sovvenzionatrice o il rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione o parità di trattamento dei candidati/degli offerenti/dei richiedenti/dei contraenti relativamente alla procedura di appalto o al contratto sono compromessi da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interessi economici o da ogni altra comunanza di interessi con il beneficiario di programmi finanziati dall'[Unione]. Quindi può insorgere un conflitto di interessi quando ad esempio un individuo che partecipa alla procedura (commissione valutatrice, amministrazione aggiudicatrice ecc.) ha la possibilità di concedere a sé o ad altri vantaggi indebiti

diretti o indiretti influenzando l'esito della procedura stessa o quando un esperto/un'impresa ha la possibilità di ottenere informazioni privilegiate che determinano concorrenza sleale in procedure successive o correlate.

Ad esempio, a un'impresa o a un esperto partecipante alla preparazione di un progetto (es.: redazione del capitolato d'onori) deve essere di norma preclusa la partecipazione alle gare d'appalto basate su tale lavoro preparatorio, salvo se possa dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che la partecipazione in fasi precedenti del progetto non costituisce concorrenza sleale.

I candidati/gli offerenti/i richiedenti in situazione di conflitto di interessi relativamente alla procedura di aggiudicazione dell'appalto/attribuzione della sovvenzione devono essere esclusi dalla procedura interessata. I motivi dell'esclusione devono essere analizzati caso per caso. Secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'esclusione deve basarsi sull'effettivo rischio di conflitto di interessi valutato in funzione delle specifiche circostanze del caso in questione. Un'esclusione automatica priva il candidato/l'offerente/il richiedente del diritto di presentare prove che potrebbero fugare ogni sospetto di conflitto di interessi.

(...)).».

- 73 Nel caso di specie, occorre esaminare se l'amministrazione aggiudicatrice poteva ritenere che esistesse il rischio di un conflitto di interessi nei confronti della ricorrente, alla luce dell'articolo 94, lettera a), del regolamento finanziario, come interpretato dalla giurisprudenza, sulla base degli elementi a sua disposizione al momento dell'adozione della decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012.
- 74 A tale riguardo, occorre ricordare che l'articolo 94 del regolamento finanziario consente di escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico unicamente quando la situazione di conflitto di interessi considerata dalla detta disposizione è reale e non ipotetica. La qual cosa non significa che un rischio di conflitto di interessi sia insufficiente per escludere un'offerta. In via di principio, infatti, un conflitto di interessi può trovare espressione concreta solamente nel corso dell'esecuzione di un contratto. Prima della conclusione del contratto, un conflitto di interessi può essere solo potenziale, e detta disposizione del regolamento finanziario implica quindi un ragionamento in termini di rischio. Tuttavia, affinché un offerente possa venire escluso dalla procedura di aggiudicazione, il rischio in parola deve essere effettivamente constatato, in seguito ad una valutazione concreta dell'offerta e della situazione dell'offerente. La mera eventualità di un conflitto di interessi non è a tal fine sufficiente (sentenza Deloitte Business Advisory/Commissione, punto 62 supra, EU:T:2007:107, punto 67).
- 75 La nozione di conflitto di interessi ha carattere oggettivo e per definirla occorre prescindere dalle intenzioni degli interessati, e in particolare dalla loro buona fede (v. sentenza del 20 marzo 2013, Nexans France/Impresa comune Fusion for Energy, T-415/10, Racc., EU:T:2013:141, punto 115 e giurisprudenza ivi citata).
- 76 Alle autorità aggiudicatrici non incombe un obbligo assoluto di escludere sistematicamente gli offerenti in situazione di conflitto di interessi, dato che siffatta esclusione non sarebbe giustificata nei casi in cui si potesse dimostrare che tale situazione non ha avuto alcuna incidenza sul loro comportamento nella procedura di gara, e non determina alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti. Viceversa, l'esclusione di un offerente in situazione di conflitto di interessi è indispensabile qualora non esista un rimedio più adeguato per evitare una qualsiasi violazione dei principi di parità di trattamento tra gli offerenti e di trasparenza (sentenza Nexans France/Impresa comune Fusion for Energy, punto 75 supra, EU:T:2013:141, punti 116 e 117).

- 77 Infatti, secondo una costante giurisprudenza, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vegliare sul rispetto, in ogni fase della procedura di gara d'appalto, del principio di parità di trattamento e, di conseguenza, delle pari opportunità di tutti gli offerenti (v. sentenza del 12 luglio 2007, *Evropaiki Dynamiki/Commissione*, T-250/05, EU:T:2007:225, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).
- 78 Più precisamente, il principio delle pari opportunità impone, secondo la giurisprudenza, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica dunque che queste ultime siano soggette alle stesse condizioni per tutti tali offerenti. Il principio di trasparenza, che ne rappresenta un corollario, ha fundamentalmente lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri (sentenza del 9 settembre 2009, *Brink's Security Luxembourg/Commissione*, T-437/05, Racc., EU:T:2009:318, punti 114 e 115). Il principio di trasparenza implica, inoltre, che tutte le informazioni tecniche pertinenti per la buona comprensione del bando di gara o del capitolato d'oneri siano messe, appena possibile, a disposizione di tutte le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, in modo da consentire, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se effettivamente le offerte presentate dagli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v. sentenza del 29 gennaio 2014, *European Dynamics Belgium e a./EMA*, T-158/12, EU:T:2014:36, punto 60 e giurisprudenza ivi citata).
- 79 Dalla giurisprudenza citata ai precedenti punti da 74 a 78 emerge che il ragionamento in termini di rischio di conflitto di interessi impone una valutazione concreta, da un lato, dell'offerta e, dall'altro, della situazione dell'offerente interessato, e che l'esclusione di tale offerente è un rimedio volto a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti.
- 80 Al fine di stabilire se, nel caso di specie, vi sia stata una violazione dell'articolo 94 del regolamento finanziario, occorre quindi valutare, nell'ambito di un'analisi obiettiva, che prescindenda dalle intenzioni della ricorrente, se il rischio di conflitto di interessi derivi dalla situazione di quest'ultima e dalla valutazione concreta della sua offerta.
- 81 In primo luogo, occorre ricordare che, secondo la Commissione, l'esclusione della ricorrente per ragioni di conflitto di interesse persegue lo scopo di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento tra gli offerenti. A tale riguardo, essa sostiene che la ricorrente aveva avuto accesso prima degli altri a taluni documenti utilizzati come base per una parte delle attività legate al progetto di gara d'appalto in questione, per il fatto che la ricorrente aveva fatto parte del consorzio che aveva predisposto i documenti in questione nell'ambito di un'altra gara d'appalto. Dalla lettera del 10 agosto 2012 risulta che tale accesso avrebbe fornito alla ricorrente la disponibilità di «informazioni privilegiate» ai sensi del punto 2.3.6 della guida pratica. La Commissione ritiene inoltre, in conformità con quanto figura nella lettera in questione, che tale accesso prima degli altri offerenti avrebbe procurato alla ricorrente un vantaggio concorrenziale rispetto a questi ultimi.
- 82 Tuttavia, non è accettabile che il rischio di conflitto di interessi possa basarsi sul semplice fatto che la ricorrente abbia avuto accesso, prima degli altri offerenti, a documenti propri di un'altra gara d'appalto in ragione della sua appartenenza al consorzio che ha predisposto tali documenti, i quali, successivamente, sono stati adottati al fine di essere utilizzati come riferimento per attività legate alla gara d'appalto di cui trattasi nel caso di specie.
- 83 Infatti, non può essere accolto l'argomento della Commissione secondo il quale la ricorrente, dal momento che faceva parte del consorzio che aveva predisposto i documenti in questione, avrebbe potuto influenzarne la redazione in modo tale da procurarsi un vantaggio concorrenziale per la gara d'appalto di cui trattasi nel caso di specie. A tale riguardo, emerge chiaramente dalla giurisprudenza citata ai precedenti punti 74 e 75 che il conflitto di interessi deve presentare un carattere oggettivo,

che impone di prescindere dalle intenzioni dell'interessato, e che la semplice eventualità di un conflitto di interessi non può essere sufficiente, in quanto detto rischio deve essere effettivamente constatato nel caso di specie. Pertanto, il rischio di conflitto di interessi non può basarsi sulla semplice presunzione che, al momento della redazione dei documenti in questione nell'ambito di un'altra gara d'appalto, la ricorrente conoscesse l'intenzione dell'amministrazione aggiudicatrice di pubblicare un nuovo bando di gara, nonché la sua intenzione di scegliere i documenti predisposti dal consorzio di cui essa faceva parte come base per alcune attività rientranti nell'appalto oggetto del nuovo bando di gara.

- 84 Ai sensi della giurisprudenza citata al precedente punto 66, nonché del punto 2.3.6 della guida pratica, il rischio di conflitto di interessi esiste per la persona che, incaricata dei lavori preparatori nell'ambito di un appalto, partecipa a quest'ultimo. A tale riguardo, occorre sottolineare che, quando la Corte ha utilizzato, al punto 29 della sentenza *Fabricom*, punto 63 *supra* (EU:C:2005:127), l'espressione «lavori preparatori», essa faceva riferimento a quelli effettuati nell'ambito di una sola e medesima gara d'appalto.
- 85 Pertanto, la Commissione non era legittimata ad assimilare la predisposizione dei documenti redatti nell'ambito di un'altra gara d'appalto all'ipotesi di lavori preparatori rientranti nella gara d'appalto in questione ai sensi della giurisprudenza citata al precedente punto 63, salvo dimostrare obiettivamente e concretamente, da un lato, che detti documenti erano stati preparati in vista della gara d'appalto in questione e, dall'altro, che essi avevano procurato un vantaggio concreto alla ricorrente. In mancanza di tale dimostrazione, i documenti predisposti nell'ambito di un'altra gara d'appalto, e scelti successivamente dall'amministrazione aggiudicatrice quali riferimento per una parte delle attività di una diversa gara d'appalto, non possono pertanto essere considerati come «lavori preparatori» ai sensi della giurisprudenza precedentemente citata, né ai sensi del punto 2.3.6 della guida pratica, il quale identifica in particolare come lavori preparatori quelli che riguardano la «preparazione del progetto», come la redazione del capitolato d'oneri.
- 86 Nel caso di specie, si deve necessariamente constatare che l'esclusione della ricorrente dall'aggiudicazione dell'appalto si è basata sul semplice fatto che essa faceva parte di un consorzio che aveva predisposto documenti rientranti in una precedente gara d'appalto, mentre non è stato sostenuto che gli altri offerenti non avessero avuto accesso in tempo utile ai medesimi documenti. Inoltre, la predisposizione di detti documenti non implicava la partecipazione della ricorrente alla redazione del capitolato d'oneri della gara d'appalto di cui trattasi. Pertanto, non è stato dimostrato che la ricorrente disponesse di più informazioni degli altri offerenti, il che avrebbe costituito una violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.
- 87 Ne consegue che i documenti in questione non costituiscono «informazioni privilegiate» ai sensi del punto 2.3.6 della guida pratica. L'esclusione della ricorrente, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, non è riconducibile a tale punto della guida pratica e non è neppure giustificata da una violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.
- 88 Peraltro, qualificare i documenti predisposti nell'ambito di un'altra gara d'appalto come «lavori preparatori», per il fatto che sono stati adottati dall'amministrazione aggiudicatrice come riferimento per le attività legate ad una gara d'appalto successiva, porterebbe, come correttamente sostenuto dalla ricorrente, a considerare automaticamente che l'esperienza acquisita mediante la partecipazione ad una gara d'appalto precedente possa falsare la concorrenza.
- 89 In secondo luogo, non risulta che la decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012 sia stata adottata in seguito ad una valutazione concreta dell'offerta della ricorrente. Infatti, tale lettera si limita ad indicare, senza ulteriori precisazioni, che il rischio di conflitto di interessi imputato alla ricorrente, di cui al punto 2.3.6 della guida pratica, ha potuto essere validamente dimostrato soltanto in seguito ad un esame, caso per caso, delle candidature degli offerenti.

- 90 Ebbene, effettivamente, il riferimento ad un esame «caso per caso», come indicato nella lettera del 10 agosto 2012, riprende la formulazione del punto 2.3.6 della guida pratica, il quale si ispira alla giurisprudenza citata al precedente punto 74. Tuttavia, si deve necessariamente constatare che tale riferimento non è suffragato da alcun elemento di prova che dimostri che tale esame concreto ha avuto luogo.
- 91 A tale riguardo, occorre sottolineare che la Commissione ha avanzato, per la prima volta nel controricorso, e senza che ciò fosse indicato nella lettera del 10 agosto 2012, l'ipotesi che la ricorrente, in virtù del suo asserito «accesso privilegiato» a taluni documenti scelti per costituire la base di una parte considerevole delle attività che costituiscono l'oggetto dell'appalto in corso, avesse potuto beneficiare di un vantaggio concorrenziale nella scelta degli esperti qualificati per compiere dette attività.
- 92 Tuttavia, da un lato, la Commissione non fornisce alcun elemento di prova che consenta di verificare se dalla formulazione dell'offerta della ricorrente emerga che essa avrebbe disposto di più informazioni rispetto agli altri offerenti, dal momento che, come è stato precisato al precedente punto 86, è pacifico che i documenti in questione sono stati predisposti nell'ambito di un'altra gara d'appalto, che essi non implicano la redazione del capitolato d'oneri dell'appalto in questione e che sono stati messi a disposizione di tutti gli offerenti nell'ambito della presente gara d'appalto.
- 93 Dall'altro lato, per quanto riguarda l'argomento della Commissione relativo alla scelta degli esperti qualificati, si deve necessariamente constatare che non è stato versato agli atti alcun elemento che possa dimostrare un legame tra i documenti in questione e detta scelta effettuata dalla ricorrente, né a fortiori che detta scelta abbia inciso sulle opportunità di successo dell'offerta della ricorrente.
- 94 Da tutte le osservazioni che precedono risulta che l'amministrazione aggiudicatrice non era legittimata a ritenere che un rischio di conflitto di interessi nei confronti della ricorrente potesse essere stato dimostrato in seguito ad una valutazione concreta dell'offerta di quest'ultima. Si deve invece considerare che il rischio di conflitto di interessi non è stato dimostrato in maniera obiettiva ed il rigetto dell'offerta del consorzio di cui la ricorrente faceva parte si rivela ingiustificato e contrario alle disposizioni dell'articolo 94 del regolamento finanziario.
- 95 Di conseguenza, senza che occorra esaminare il primo motivo né la prima censura del secondo motivo sollevato dalla ricorrente, si deve accogliere il secondo motivo ed annullare la decisione contenuta nella lettera del 10 agosto 2012, nella parte in cui ha dichiarato che l'appalto non poteva essere aggiudicato al consorzio di cui la ricorrente faceva parte. Per contro, come risulta dal precedente punto 59, la domanda che ha ad oggetto l'annullamento dell'asserita decisione implicita di rigetto del reclamo della ricorrente è respinta in quanto irricevibile.

Sulle spese

- 96 Ai sensi dell'articolo 134, paragrafo 1, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione è rimasta sostanzialmente soccombente, deve essere condannata, conformemente alla domanda della ricorrente, a sopportare le proprie spese, nonché quelle sostenute dalla ricorrente nell'ambito del presente ricorso e della domanda di provvedimenti provvisori presentata da quest'ultima.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) **La decisione di rigetto dell’offerta del consorzio di cui l’Intrasoft International SA faceva parte, contenuta nella lettera del 10 agosto 2012, redatta dalla delegazione dell’Unione europea nella Repubblica di Serbia, quale amministrazione aggiudicatrice subdelegata dalla Commissione europea, e relativa alla gara d’appalto EuropeAid/131367/C/SER/RS, intitolata «Assistenza tecnica all’amministrazione doganale della Serbia per supportare la modernizzazione del sistema doganale», è annullata.**
- 2) **Il ricorso è respinto quanto al resto.**
- 3) **La Commissione è condannata alle spese, comprese quelle relative al procedimento sommario.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 13 ottobre 2015.

Firme