

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

5 dicembre 2013 (*)

«Appalti pubblici – Procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara – Possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di negoziare offerte non conformi ai requisiti vincolanti delle specifiche tecniche elencate nel capitolato d'oneri relativo all'appalto»

Nella causa C-561/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Riigikohus (Estonia) con decisione del 23 novembre 2012, pervenuta in cancelleria il 5 dicembre 2012, nel procedimento

Nordecon AS,

Ramboll Eesti AS

contro

Rahandusministeerium,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da L. Bay Larsen (relatore), presidente di sezione, M. Safjan, J. Malenovský, A. Prechal e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Nordecon AS, da A. Ots;
- per il governo estone, da M. Linntam e N. Grünberg, in qualità di agenti;
- per il governo ceco, da M. Smolek e T. Müller, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, da A. Rubio González, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da A. Tokár e L. Naaber-Kivisoo, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la Nordecon AS, succeduta alla Nordecon Infra AS (in prosieguo: la «Nordecon»), e la Ramboll Eesti AS (in prosieguo: la «Ramboll Eesti») e, dall'altro, il Rahandusministeerium (Ministero delle Finanze), in merito all'annullamento di una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico con pubblicazione di un bando di gara.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

- 3 L'articolo 1, paragrafo 11, lettera d), della direttiva 2004/18 così dispone:
«Le “procedure negoziate” sono le procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto».
- 4 L'articolo 2 di tale direttiva, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti», prevede quanto segue:
«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».
- 5 L'articolo 23 della richiamata direttiva, intitolato «Specifiche tecniche», ai paragrafi 1 e 2 enuncia quanto segue:
«1. Le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VI figurano nei documenti dell'appalto quali i bandi di gara, il capitolato d'onori o i documenti complementari. (...)
2. Le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza».
- 6 L'articolo 24 della medesima direttiva, rubricato «Varianti», ai paragrafi da 1 a 4 così dispone:
«1. Laddove il criterio per l'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti.
2. Le amministrazioni aggiudicatrici precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione.

4. Esse prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti.

(...).

7 L'articolo 30 della direttiva 2004/18, intitolato «Aggiudicazione mediante procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara», ai paragrafi da 1 a 3 prevede quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle fattispecie seguenti:

a) in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili secondo le disposizioni nazionali compatibili con le disposizioni degli articoli 4, 24, 25, 27 e quelle del capo VII, presentate in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate.

(...)

b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;

c) nel caso di servizi, e in particolare di servizi rientranti nella categoria 6 dell'allegato II A e di prestazioni di natura intellettuale quali la progettazione di opere, nella misura in cui la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche dell'appalto con una precisione sufficiente che permetta di aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta;

(...)

2. Nei casi di cui al paragrafo 1, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le offerte da questi presentate per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari e per cercare l'offerta migliore ai sensi dell'articolo 53, paragrafo 1.

3. Nel corso della negoziazione le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. In particolare, esse non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri».

Il diritto estone

8 L'articolo 27, paragrafo 1, della legge relativa agli appalti pubblici (riigihangete seadus; in prosieguo: la «RHS») prevede quanto segue:

«Per procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara si intende una procedura di aggiudicazione di appalto nel corso della quale qualsiasi interessato può presentare una domanda di partecipazione alla procedura e l'amministrazione aggiudicatrice formula una

proposta di presentazione di offerta ad almeno tre offerenti, da essa selezionati secondo criteri obiettivi e non discriminatori, e negozia con loro le offerte, al fine di adattare le loro offerte ai requisiti previsti dal capitolato d'oneri e selezionare l'offerta vincitrice».

9 L'articolo 31, paragrafo 5, della RHS così dispone:

«Quando l'amministrazione aggiudicatrice attribuisce l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e il bando di gara prevede la possibilità di presentare, oltre alle soluzioni corrispondenti a tutte le condizioni previste dal bando di gara e dal capitolato d'oneri, anche soluzioni alternative, essa indica, nel capitolato d'oneri, le condizioni relative alle soluzioni alternative e le condizioni per la presentazione di queste ultime».

10 L'articolo 52, paragrafo 1, della RHS prevede quanto segue:

«L'amministrazione aggiudicatrice valuta le soluzioni alternative nel momento in cui attribuisce l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e allorché, nel bando di gara, ha autorizzato la presentazione di soluzioni alternative».

11 L'articolo 67, paragrafo 1, della RHS prescrive quanto segue:

«Fatto salvo il caso indicato all'articolo 65, paragrafo 4, della presente legge, l'amministrazione aggiudicatrice apre tutte le offerte e negozia con gli offerenti le offerte da questi presentate per eventualmente adeguarle ai requisiti indicati nel bando di gara e nel capitolato d'oneri e selezionare l'offerta vincitrice».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Il 25 settembre 2008 il Maanteeamet (Ufficio stradale) ha bandito una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara intitolato «Progettazione e costruzione del tratto stradale Aruvalla-Kose dell'E263».

13 Ai punti 4.3.1 e 4.7.1 dell'allegato III del capitolato d'oneri relativo all'appalto di cui trattasi nel procedimento principale era previsto che il terrapieno centrale di tale tratto stradale dovesse avere una larghezza di 13,5 m dal chilometro 26,6 al chilometro 32 e una larghezza di 6 m dal chilometro 32 al chilometro 40.

14 Il 20 gennaio 2010 il Maanteeamet ha dichiarato che le quattro offerte presentate, ossia quelle dei gruppi Lemminkäinen e Merko, l'offerta comune della Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, della Binders SIA e della Insenerbuve SIA, nonché quella del gruppo Nordecon, composto dalla Nordecon Infra AS e dalla Ramboll Eesti, erano ricevibili, nonostante il fatto che l'offerta di quest'ultimo gruppo prevedesse un terrapieno centrale della larghezza di 6 m per tutta la lunghezza del suddetto tratto stradale.

15 Durante le negoziazioni che hanno seguito la presentazione di tali offerte, con lettera del 26 aprile 2010 il Maanteeamet ha proposto agli offerenti diversi dal gruppo Nordecon di modificare la larghezza del terrapieno centrale che compariva nelle offerte iniziali e di fissarla a 6 m per tutta la lunghezza del tratto stradale interessato, come proposto dal gruppo Nordecon. In seguito a negoziazioni con tutti gli offerenti, questi ultimi hanno presentato le loro offerte per il 27 maggio 2010, data fissata dall'amministrazione aggiudicatrice, dopo avere corretto i prezzi in conseguenza della modifica richiesta.

- 16 Con due decisioni del 10 giugno 2010 il Maanteeamet ha dichiarato, rispettivamente, che tutte le offerte erano ricevibili e ha prescelto l'offerta comune del gruppo Lemminkäinen, che era quella recante il prezzo più basso.
- 17 Il 21 luglio 2010, in seguito a un reclamo della Nordecon Infra AS, queste due decisioni sono state annullate dalla Commissione per i reclami del Rahandusministeerium, la quale ha ritenuto che, in una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, la negoziazione avviata dall'amministrazione aggiudicatrice non potesse riguardare elementi rispondenti ai requisiti previsti in modo chiaro e preciso nei documenti di base dell'appalto, come quelli relativi alla larghezza del terrapieno centrale. Il 27 settembre 2010 il direttore generale del Maanteeamet ha respinto l'offerta comune del gruppo Lemminkäinen, prescegliendo quella del gruppo Nordecon, che era l'offerta che proponeva il prezzo più basso dopo quella del primo di tali gruppi.
- 18 In seguito a una domanda di annullamento presentata dal gruppo Merko, con decisione del 26 ottobre 2010 il Rahandusministeerium ha annullato la procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale in quanto, in particolare, l'amministrazione aggiudicatrice aveva illegittimamente dichiarato ricevibile, e aveva prescelto, l'offerta del gruppo Nordecon, che conteneva una soluzione alternativa non consentita dal bando di gara, e in quanto la negoziazione avviata dall'amministrazione aggiudicatrice non poteva riguardare elementi corrispondenti ai requisiti formulati in maniera chiara e inequivocabile nei documenti di base, come quelli relativi alla larghezza del terrapieno centrale del tratto stradale interessato.
- 19 La Nordecon, succeduta nel frattempo alla Nordecon Infra AS, e la Ramboll Eesti hanno proposto ricorso contro tale decisione dinanzi al Tallinna Halduskohus (Tribunale amministrativo di Tallinn), il quale, con sentenza del 2 marzo 2011, ha respinto tale ricorso. Secondo detto giudice, l'offerta delle ricorrenti nel procedimento principale avrebbe dovuto essere dichiarata irricevibile, dal momento che, in violazione degli articoli 31, paragrafo 5, e 52 della RHS, ciò che il bando di gara di cui trattasi aveva previsto non era la possibilità di presentare soluzioni alternative e l'aggiudicazione dell'appalto all'offerente che avrebbe presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma la presa in considerazione del prezzo più basso. Peraltro, nell'ambito di una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, le negoziazioni potrebbero riguardare soltanto aspetti che non sono definiti al momento della presentazione dell'offerta o che non compaiono nei documenti dell'appalto.
- 20 Queste due società hanno interposto appello dinanzi alla Tallinna Ringkonnakohus (Corte d'appello di Tallinn) contro la sentenza resa in primo grado. Con sentenza del 21 dicembre 2011 quest'ultimo giudice ha confermato tale sentenza.
- 21 Per quanto attiene al punto 8.1 del capitolato d'onere relativo all'appalto di cui al procedimento principale, con cui il Maanteeamet aveva autorizzato soluzioni alternative, tranne che per la costruzione della carreggiata di una strada principale (in particolare delle rampe), la Tallinna Ringkonnakohus ha accertato che il bando di gara non aveva previsto né la possibilità di presentare soluzioni alternative né l'aggiudicazione dell'appalto all'offerente che avrebbe presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. Il Maanteeamet avrebbe quindi autorizzato, in violazione degli articoli 31, paragrafo 5, e 52, paragrafo 1, della RHS, la presentazione di soluzioni alternative. Pertanto, l'offerta iniziale delle ricorrenti nel procedimento principale avrebbe dovuto essere respinta.

- 22 La Nordecon e la Ramboll Eesti hanno proposto ricorso per cassazione dinanzi alla Riigikohus (Corte suprema), chiedendo l'annullamento della sentenza della Tallinna Ringkonnakohus, l'adozione di una nuova decisione e l'accertamento dell'illegittimità della decisione del Rahandusministeerium del 26 ottobre 2010.
- 23 Secondo il giudice del rinvio, è pacifico che la presentazione di soluzioni alternative non era autorizzata dal bando di gara e che la valutazione delle offerte non si basava sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- 24 Pur ammettendo che, nell'ambito di una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, le questioni relative alle condizioni alle quali è soggetta l'aggiudicazione dell'appalto siano, almeno in parte, negoziabili senza che sia necessario prevedere il ricorso a soluzioni alternative, il giudice del rinvio si chiede se l'amministrazione aggiudicatrice possa altresì negoziare in presenza di offerte non conformi ai requisiti vincolanti del capitolato d'onere e se le negoziazioni avviate debbano, perlomeno, comportare la conseguenza che l'offerta prescelta sia conforme a tali requisiti vincolanti.
- 25 A tale proposito, esso osserva che l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 lascia aperta la questione se, in occasione di tali negoziazioni, le offerte possano anche essere adeguate ai requisiti vincolanti delle specifiche tecniche. Qualora tale adeguamento sia possibile, esso chiede se sia altresì possibile avviare una negoziazione sulla base di offerte che, nella loro forma iniziale, non rispondevano pienamente a detti requisiti vincolanti. Secondo il giudice del rinvio, tale direttiva nemmeno risponde chiaramente alla questione se l'adeguamento successivo a una negoziazione debba sfociare in una conformità totale delle offerte alle specifiche tecniche e se, al fine di pervenire a tale conformità, si possa altresì procedere a una modifica delle specifiche tecniche ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 26 In tale contesto la Riigikohus ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva [2004/18] debba essere interpretato nel senso che permette a un'amministrazione aggiudicatrice di negoziare con gli offerenti le offerte che non soddisfano i requisiti vincolanti stabiliti nelle specifiche tecniche dell'appalto.
 - 2) In caso di risposta affermativa alla [prima questione], se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che permette a un'amministrazione aggiudicatrice, nel corso delle negoziazioni successive all'apertura delle offerte, di modificare i requisiti vincolanti delle specifiche tecniche a condizione che non venga mutato l'oggetto dell'appalto e che venga garantita la parità di trattamento di tutti gli offerenti.
 - 3) In caso di risposta affermativa alla [seconda questione], se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa che esclude la modifica dei requisiti vincolanti delle specifiche tecniche nel corso delle negoziazioni dopo l'apertura delle offerte.
 - 4) In caso di risposta affermativa alla [prima questione], se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che vieta a un'amministrazione aggiudicatrice di qualificare come offerta migliore quella che, al termine delle negoziazioni, non soddisfa i requisiti vincolanti delle specifiche tecniche».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 27 Senza sollevare eccezioni d'irricevibilità, la Nordecon contesta la pertinenza delle questioni pregiudiziali, affermando che la soluzione della controversia principale non dipende dalle eventuali risposte fornite a tali questioni. In particolare, essa sostiene che la questione principale sollevata dalla Riigikohus, ossia la prima, alla quale sono collegate tutte le altre questioni, non è pertinente, dato che le negoziazioni non sono state avviate con offerenti che avevano presentato offerte irregolari. Tali questioni sarebbero quindi fondate su presunzioni errate.
- 28 A tale proposito, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito di un procedimento di cui all'articolo 267 TFUE, la Corte può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo dell'Unione in base ai fatti ad essa indicati dal giudice nazionale (v. sentenze del 16 marzo 1978, Oehlschläger, 104/77, Racc. pag. 791, punto 4; dell'11 settembre 2008, Eckelkamp e a., C-11/07, Racc. pag. I-6845, punto 52, nonché ordinanza dell'8 novembre 2012, SKP, C-433/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 24).
- 29 Nell'ambito di tale procedimento, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Parimenti, 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 emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire nel merito (v., in tal senso, sentenza Eckelkamp e a., cit., punto 27).
- 30 Il rifiuto di statuire nel merito di una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le sono sottoposte (sentenza Eckelkamp e a., cit., punto 28).
- 31 Nel caso di specie, il giudice del rinvio muove dalla constatazione che l'amministrazione aggiudicatrice ha negoziato offerte non conformi ai requisiti vincolanti del capitolato d'onere, circostanza che non spetta alla Corte rimettere in discussione. Peraltro, nella specie non ricorre nessuna delle ipotesi rammentate al punto 30 della presente sentenza, che rendono possibile il diniego di statuire su una questione pregiudiziale.
- 32 La domanda di pronuncia pregiudiziale deve pertanto essere considerata ricevibile.

Sulle questioni pregiudiziali

- 33 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 autorizzi l'amministrazione aggiudicatrice a negoziare con gli offerenti offerte non rispondenti ai requisiti vincolanti previsti dalle specifiche tecniche dell'appalto.
- 34 A tale proposito si deve ricordare che l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 consente, in determinati casi, il ricorso alla procedura negoziata al fine di adeguare le offerte

presentate dagli offerenti ai requisiti indicati nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari e per cercare l'offerta migliore.

- 35 Secondo l'articolo 2 di tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza.
- 36 La Corte ha precisato che l'obbligo di trasparenza ha essenzialmente lo scopo di eliminare il rischio di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, Racc. pag. I-10873, punto 25).
- 37 In tal senso, sebbene l'amministrazione aggiudicatrice disponga di un potere di negoziazione nell'ambito di una procedura negoziata, essa è sempre tenuta a garantire che i requisiti dell'appalto ai quali ha attribuito carattere vincolante siano rispettati. Qualora ciò non avvenga, il principio secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici agiscono con trasparenza sarebbe disatteso e l'obiettivo ricordato al punto precedente della presente sentenza non potrebbe essere conseguito.
- 38 Peraltro, il fatto di ammettere la ricevibilità di un'offerta non conforme a condizioni vincolanti ai fini della negoziazione priverebbe di qualsiasi utilità la fissazione di condizioni vincolanti nel bando di gara, e non consentirebbe all'amministrazione aggiudicatrice di negoziare con gli offerenti su una base comune a questi ultimi, costituita da dette condizioni, e, pertanto, di trattarli su un piano di parità.
- 39 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non autorizza l'amministrazione aggiudicatrice a negoziare con gli offerenti offerte non rispondenti ai requisiti vincolanti previsti dalle specifiche tecniche dell'appalto.
- 40 In considerazione della risposta fornita alla prima questione, non occorre rispondere alle questioni dalla seconda alla quarta.

Sulle spese

- 41 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 (Quarta Sezione) dichiara:

L'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non autorizza l'amministrazione aggiudicatrice a negoziare con gli offerenti offerte non rispondenti ai requisiti vincolanti previsti dalle specifiche tecniche dell'appalto.