

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

10 settembre 2020 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di servizi – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 2, paragrafo 1, punto 5 – Nozione di “appalto pubblico” – Nozione di “contratto a titolo oneroso” – Offerta di un offerente al prezzo di EUR 0 – Rigetto dell’offerta – Articolo 69 – Offerta anormalmente bassa»

Nella causa C-367/19,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, Slovenia), con decisione del 30 aprile 2019, pervenuta in cancelleria l’8 maggio 2019, nel procedimento

Tax-Fin-Lex d.o.o.

contro

Ministrstvo za notranje zadeve,

con l’intervento di:

LEXPERA d.o.o.,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da M. Vilaras (relatore), presidente di sezione, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe e N. Piçarra, giudici,

avvocato generale: M. Bobek

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Tax-Fin-Lex d.o.o., da Z. Tavcar, direttrice;
- per il Ministrstvo za notranje zadeve, da M. Bregar Hasanagic e M. Urek, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da L. Haasbeek, B. Rous Demiri e P. Ondrušek, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 28 maggio 2020,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 19) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Tax-Fin-Lex d.o.o., società con sede in Slovenia, e il Ministrstvo za notranje zadeve (Ministero dell'Interno, Slovenia) (in prosieguo: il «Ministero»), in merito al rigetto da parte di quest'ultimo dell'offerta presentata da detta società nell'ambito della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 Il considerando 2 della direttiva 2014/24 stabilisce quanto segue:

«Gli appalti pubblici (...) costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti (...) dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica (...)».

4 Sotto il titolo I della direttiva 2014/24, intitolato «Ambito di applicazione, definizioni e principi generali», l'articolo 1, paragrafi 1 e 2, di quest'ultima dispone quanto segue:

«1. La presente direttiva stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici e concorsi pubblici di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore alle soglie stabilite all'articolo 4.

2. Ai sensi della presente direttiva si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno».

5 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24:

«1. Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni:

(...)

5. “appalti pubblici”: contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

6 L'articolo 4 di tale direttiva, intitolato «Importi delle soglie», dispone quanto segue:

«La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

b) 144 000 [euro] per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità;

(...)».

7 L'articolo 18 della direttiva 2014/24, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al paragrafo 1 prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

8 Il titolo II della direttiva 2014/24, relativo alle disposizioni applicabili agli appalti pubblici, contiene un capo III riguardante lo svolgimento della procedura, la cui sezione 3 è intitolata «Selezione dei partecipanti e aggiudicazione dei contratti». L'articolo 69 di tale direttiva, dedicato alle «[o]fferte anormalmente basse», che figura in detta sezione 3, dispone quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi.

2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a:

a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;

b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori,

c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;

(...)

f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2.

(...)».

9 L'articolo 2 dello Zakon o javnem narocanju (legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici), del 30 maggio 2015 (Uradni list RS, n. 91/2015), nella sua versione applicabile ai fatti del procedimento principale (in prosieguo: lo «ZJN»), al paragrafo 1 stabilisce quanto segue:

«Le nozioni utilizzate in tale legge hanno il seguente significato:

1. “appalto pubblico”: contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

(...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

10 Il 7 giugno 2018 il Ministero pubblicava un bando di gara d'appalto, suddiviso in due lotti, ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico riguardante l'accesso ad un sistema informatico giuridico per un periodo di 24 mesi. Il valore stimato di tale appalto, quale determinato dal Ministero, ammontava a EUR 39 959,01.

11 Il Ministero riceveva unicamente due offerte per il primo lotto entro il termine previsto, tra cui quella della ricorrente nel procedimento principale, la Tax-Fin-Lex, la quale proponeva un prezzo di EUR 0.

12 Con decisione dell'11 gennaio 2019, la Tax-Fin-Lex veniva informata, da un lato, del rigetto della sua offerta per il motivo che il prezzo finale di quest'ultima era di EUR 0, il che, secondo il Ministero, era contrario alle norme relative agli appalti pubblici e, dall'altro, dell'assegnazione dell'appalto pubblico per il primo lotto al secondo offerente.

13 Il 17 gennaio 2019 la Tax-Fin-Lex presentava al Ministero una domanda di riesame della sua decisione recante rigetto della propria offerta. Respingendo tale domanda il 5 febbraio 2019, il Ministero rinviava la causa, in data 11 febbraio 2019, dinanzi al giudice del rinvio, avviando pertanto il procedimento dinanzi a quest'ultimo.

14 Il giudice del rinvio osserva, in via preliminare, che, sebbene la direttiva 2014/24 non disciplini direttamente la situazione del procedimento principale, il legislatore sloveno ha deciso, nel recepire le disposizioni di tale direttiva nell'ordinamento nazionale, che l'espressione «appalto pubblico» avrebbe designato sia gli appalti il cui valore è superiore alla soglia definita in detta direttiva sia quelli il cui valore è inferiore a quest'ultima. Pertanto, la Corte sarebbe competente a rispondere alle questioni sollevate.

15 Nel merito, il giudice del rinvio sottolinea che la decisione del Ministero recante rigetto dell'offerta della Tax-Fin-Lex era basata su un unico motivo, relativo all'importo dell'offerta proposta. Al riguardo, esso si chiede, in primo luogo, se un contratto possa essere qualificato come «contratto a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non sia tenuta a fornire alcun corrispettivo alla sua controparte, ma quest'ultima, in forza di tale contratto, ottenga l'accesso ad un nuovo mercato o a nuovi utenti e, di conseguenza, a referenze, il che può rappresentare per essa un vantaggio economico futuro. Il giudice del rinvio intende quindi sapere se il solo fatto che l'ottenimento dell'appalto pubblico presenti di per sé un valore economico per l'operatore economico, anche se non è possibile esprimere tale valore in forma monetaria nel corso dell'aggiudicazione dell'appalto o della

conclusione del contratto, possa essere sufficiente per qualificare il contratto avente ad oggetto tale appalto come contratto a titolo oneroso, ai sensi di detta disposizione.

16 In secondo luogo, supponendo che, in un'ipotesi del genere, non sussista alcun «contratto a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, il giudice del rinvio si chiede se tale disposizione possa costituire un fondamento giuridico autonomo che giustifichi il rigetto di un'offerta in cui il prezzo è fissato a EUR 0.

17 Esso afferma che, accettando tale offerta, il contratto concluso potrebbe non essere considerato come un contratto di esecuzione di un appalto pubblico. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico il cui risultato finale non sarebbe l'ottenimento di tale appalto pubblico, bensì, ad esempio, una donazione.

18 Tuttavia, il giudice del rinvio osserva che l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 definisce la nozione di «appalto pubblico» al fine di determinare i casi in cui tale direttiva si applica senza disciplinare la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Esso afferma che, avviando, nel procedimento principale, siffatta procedura, l'amministrazione aggiudicatrice riteneva di dover fornire un corrispettivo per ottenere i servizi oggetto di detto appalto. Il comportamento degli offerenti e il contenuto delle loro offerte non potrebbero incidere sulla valutazione preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. Dopo l'avvio della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e a seguito del ricevimento delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta a prenderle in considerazione e ad esaminarle alla luce dei soli requisiti preventivamente definiti. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici organizzerebbero procedure di aggiudicazione di appalti non allo scopo di concludere un contratto a titolo oneroso, bensì al fine di ricevere beni o servizi. Orbene, nel caso di specie, anche se accettasse l'offerta al prezzo di EUR 0, l'amministrazione aggiudicatrice otterrebbe comunque i servizi per i quali l'appalto pubblico era stato oggetto di una gara.

19 Alla luce dell'insieme di tali considerazioni, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, Slovenia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sussista una “onerosità del rapporto contrattuale” quale elemento di un appalto pubblico nel senso di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, nel caso in cui la stazione appaltante non sia tenuta a fornire alcuna controprestazione, ma l'operatore economico, attraverso l'esecuzione dell'appalto, ottenga l'accesso ad un nuovo mercato e a referenze.

2) Se sia possibile o necessario interpretare l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 in modo tale per cui esso rappresenta un fondamento per il rigetto dell'offerta di un prezzo dell'appalto di EUR 0».

Sulle questioni pregiudiziali

20 Si deve constatare, in via preliminare, che l'importo dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale è inferiore alla soglia di EUR 144 000 di cui all'articolo 4, lettera b), della direttiva 2014/24, cosicché tale appalto non rientra nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Tuttavia, come indica il giudice del rinvio, nel recepire le disposizioni di detta direttiva nell'ordinamento nazionale, il legislatore sloveno ha ripreso, all'articolo 2, paragrafo 1, dello ZJN, la definizione del termine «appalto pubblico» che figura all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della

medesima direttiva, cosicché tale definizione è applicabile a qualsiasi appalto pubblico disciplinato dallo ZJN, indipendentemente dal suo importo.

21 Orbene, secondo una giurisprudenza costante, un'interpretazione da parte della Corte di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di queste ultime si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni e a quelle rientranti nell'ambito di applicazione di dette disposizioni (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1990, Dzodzi, C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, punti 36, 37 e 41, nonché del 24 ottobre 2019, Belgische Staat, C-469/18 e C-470/18, EU:C:2019:895, punto 23).

22 Pertanto, occorre rispondere alle questioni sollevate.

23 Si deve considerare che, con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che esso costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che, poiché il prezzo proposto è pari a EUR 0, l'amministrazione aggiudicatrice non fornirebbe alcun corrispettivo finanziario, mentre tale offerente, con l'esecuzione di detto contratto, otterrebbe unicamente l'accesso ad un nuovo mercato e a referenze che potrebbe far valere nell'ambito di successive gare d'appalto.

24 Va ricordato, in proposito, che l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 definisce gli «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

25 Secondo la giurisprudenza della Corte, dal senso giuridico abituale dei termini «a titolo oneroso» risulta che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione (v., in tal senso, sentenza del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 28). Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico (v., in tal senso, sentenze del 21 dicembre 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punto 43; del 28 maggio 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, punto 40, e del 18 giugno 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punto 47).

26 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, anche se detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito (v., in particolare, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29; del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31, nonché del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 29), ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62).

27 Ne consegue che un contratto con il quale un'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte

si è impegnata a realizzare non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24.

28 Il fatto, menzionato dal giudice del rinvio e inerente a qualsiasi procedura di appalto pubblico, che l'ottenimento di tale contratto possa avere un valore economico per l'offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l'accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze, è troppo aleatorio e, di conseguenza, non può essere sufficiente, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi da 63 a 66 delle sue conclusioni, per qualificare tale contratto come «contratto a titolo oneroso».

29 Tuttavia, si deve constatare che l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 si limita a definire la nozione di «appalti pubblici» al fine di determinare l'applicabilità di tale direttiva. Infatti, come risulta dall'articolo 1, paragrafo 1, di detta direttiva, quest'ultima si applica unicamente agli «appalti pubblici», ai sensi del suo articolo 2, paragrafo 1, punto 5, il cui valore stimato raggiunga o superi le soglie di cui all'articolo 4 della direttiva medesima.

30 Ne consegue che l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 non può costituire un fondamento giuridico per il rigetto di un'offerta che proponga un prezzo di EUR 0. Pertanto, tale disposizione non consente il rigetto automatico di un'offerta presentata nell'ambito di un appalto pubblico, quale un'offerta al prezzo di EUR 0, con cui un operatore proponga di fornire all'amministrazione aggiudicatrice, senza esigere alcun corrispettivo, i lavori, le forniture o i servizi che quest'ultima intende acquisire.

31 In tali circostanze, poiché un'offerta al prezzo di EUR 0 può essere qualificata come offerta anormalmente bassa, ai sensi dell'articolo 69 della direttiva 2014/24, qualora un'amministrazione aggiudicatrice si trovi di fronte ad un'offerta del genere, essa deve seguire la procedura prevista in detta disposizione, chiedendo all'offerente spiegazioni in merito all'importo dell'offerta. Infatti, dalla logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0.

32 Pertanto, dal paragrafo 1 di detto articolo emerge che, qualora un'offerta appaia anormalmente bassa, le amministrazioni aggiudicatrici richiedono all'offerente di fornire spiegazioni in merito al prezzo o ai costi proposti in quest'ultima, le quali possono riguardare, in particolare, gli elementi di cui al paragrafo 2 di detto articolo. Tali spiegazioni contribuiscono quindi alla valutazione dell'affidabilità dell'offerta e consentirebbero di dimostrare che, sebbene l'offerente proponga un prezzo di EUR 0, l'offerta di cui trattasi non inciderà sulla corretta esecuzione dell'appalto.

33 Infatti, conformemente al paragrafo 3 dello stesso articolo, l'amministrazione aggiudicatrice deve valutare le informazioni fornite consultando l'offerente e può respingere tale offerta solo se gli elementi di prova forniti non giustificano sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti.

34 Inoltre, la valutazione di tali informazioni deve essere effettuata nel rispetto dei principi di parità e di non discriminazione tra gli offerenti, nonché di trasparenza e di proporzionalità, che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a rispettare ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

35 Pertanto, l'argomento di un offerente che abbia presentato un'offerta al prezzo di EUR 0, secondo cui il prezzo proposto nella sua offerta si spiega con il fatto che tale offerente intende ottenere l'accesso ad un nuovo mercato o a referenze qualora detta offerta venga accettata, deve essere valutato nel contesto di un'eventuale applicazione dell'articolo 69 della direttiva 2014/24.

36 Tenuto conto dell'insieme delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell'offerta è di EUR 0.

Sulle spese

37 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, 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'art. 2, par. 1, punto 5, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017, deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell'offerta è di EUR 0.