

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

6 ottobre 2016 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di lavori – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 7, lettera c) – Importi delle soglie degli appalti pubblici – Soglia non raggiunta – Offerte anormalmente basse – Esclusione automatica – Facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice – Obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice derivanti dalla libertà di stabilimento, dalla libera prestazione dei servizi e dal principio generale di non discriminazione – Appalti tali da presentare un interesse transfrontaliero certo»

Nella causa C-318/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia), con ordinanza del 29 aprile 2015, pervenuta in cancelleria il 26 giugno 2015, nel procedimento

Tecnoedi Costruzioni Srl

contro

Comune di Fossano,

nei confronti di:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, C. Lycourgos, E. Juhász (relatore), C. Vajda e K. Jürimäe, giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

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

considerate le osservazioni presentate:

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara e A. Tokár, in qualità di agenti,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, riguardanti, rispettivamente, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi generali di parità di trattamento, di non discriminazione e di proporzionalità.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Tecnoedi Costruzioni Srl e il Comune di Fossano (Italia) avente ad oggetto la regolarità dell'aggiudicazione definitiva, da parte di tale Comune, di un appalto pubblico di lavori alla Ge.Co. Italia SpA.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Il considerando 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 2004, L 134, pag. 114), così recita:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato [FUE] ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza (...)».

4 Ai sensi dell'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, intitolato «Importi delle soglie degli appalti pubblici», come modificato dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU 2011, L 319, pag. 43), applicabile *ratione temporis* al procedimento principale, tale direttiva si applica agli appalti pubblici di lavori il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») sia pari o superiore a EUR 5 000 000.

Il diritto italiano

5 Il decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006), al comma 9 del suo articolo 122, intitolato «Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia», dispone quanto segue:

«Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3».

6 Ai sensi dell'articolo 86, comma 3, di tale decreto legislativo:

«In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa».

7 L'articolo 87, comma 1, di detto decreto legislativo così dispone:

«Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio».

8 La soglia di anomalia alla quale si riferisce l'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo n. 163/2006, che conferisce alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di escludere talune offerte considerate anormalmente basse, è determinata sulla base di un calcolo matematico stabilito all'articolo 86, comma 1, di tale decreto legislativo.

9 A termini dell'articolo 253, comma 20 bis, del medesimo decreto legislativo:

«Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2015 le disposizioni di cui agli articoli 122, comma 9, e 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 28 [le soglie previste dall'articolo 7 della direttiva 2004/18 ai fini dell'applicazione della stessa]».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

10 Con bando pubblicato il 26 giugno 2013, il Comune di Fossano (provincia di Cuneo, Italia) ha indetto una procedura aperta di gara per l'affidamento di lavori di ampliamento e riqualificazione energetica della scuola d'infanzia «Gianni Rodari», di importo complessivo a base di gara pari ad EUR 1 158 899,97. Il criterio per l'aggiudicazione di tale appalto era il prezzo più basso. Il disciplinare di gara prevedeva che «la presenza di offerte anomale verrà individuata in modo automatico» ai sensi dell'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo n. 163/2006, qualora il numero delle offerte valide fosse risultato pari o superiore a dieci.

11 La commissione di gara ha ricevuto 101 offerte e ne ha ammesse 86. Nella prima seduta pubblica del 24 luglio 2013, tale commissione ha escluso in via automatica le offerte contenenti un ribasso superiore alla soglia di anomalia calcolata ai sensi dell'articolo 86, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006.

12 La Tecnoedi Costruzioni è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, con un ribasso del 25,397%. In seguito, nella seconda seduta pubblica del 30 luglio 2013, la commissione di gara ha riesaminato d'ufficio la posizione di due operatori economici concorrenti che erano stati erroneamente esclusi, segnatamente le associazioni temporanee di imprese Niccoli Costruzioni Srl e Selva Mercurio Srl, e ne ha deliberato l'ammissione. Inoltre, essa ha aggiudicato l'appalto in via provvisoria alla Ge.Co. Italia. In seguito, con decisione del 5 settembre 2013, la commissione di gara ha aggiudicato l'appalto in via definitiva a quest'ultima società, che aveva presentato un'offerta con un ribasso del 25,427%.

13 Mediante il suo ricorso, la Tecnoedi Costruzioni ha chiesto l'annullamento della decisione del 5 settembre 2013, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Ge.Co. Italia, e l'annullamento del verbale della seduta pubblica del 30 luglio 2013, recante la riammissione alla procedura di gara delle associazioni temporanee di impresa Selva Mercurio e Niccoli Costruzioni e

l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla Ge.Co. Italia. In via subordinata, la ricorrente nel procedimento principale ha chiesto l'annullamento del disciplinare di gara a motivo della violazione dell'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo n. 163/2006, in quanto, secondo detto articolo, l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse non è consentita per i lavori di importo superiore a un milione di euro, come nel caso dell'appalto oggetto del procedimento principale.

14 Riguardo a quest'ultimo motivo sollevato dalla Tecnoedi Costruzioni, il giudice del rinvio ritiene che occorra sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte. Richiamandosi alla sentenza del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso (C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277), il giudice del rinvio osserva che la normativa nazionale rimette alla discrezionalità illimitata delle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di prevedere, nel bando di gara, il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, anche per un importo prossimo alla soglia prevista dalle norme del diritto dell'Unione ed altresì in presenza di un numero esiguo di offerte ammesse, segnatamente da dieci in su, senza prendere in considerazione tutti gli elementi concreti che inducano a ravvisare l'eventuale esistenza di un interesse transfrontaliero certo.

15 Tale normativa nazionale non imporrebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare in concreto l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo di un appalto in relazione alle caratteristiche proprie di quest'ultimo. In conformità alla giurisprudenza della Corte, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo di un appalto può risultare non soltanto dall'importanza economica del relativo contratto, ma anche dalle caratteristiche tecniche delle lavorazioni interessate nonché dal luogo di esecuzione.

16 Il giudice del rinvio osserva che, nonostante il fatto che l'appalto di lavori oggetto del procedimento principale abbia un importo stimato pari ad EUR 1 158 899,97, non è possibile escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo di tale appalto, in quanto Fossano si trova a meno di 200 chilometri dal confine tra la Francia e l'Italia e che, tra le concorrenti ammesse alla gara, vi sono molte imprese italiane che hanno sede in regioni non confinanti, come il Lazio, distante circa 600 chilometri, o la Campania, distante circa 800 chilometri da Fossano. Inoltre, in conformità alla giurisprudenza della Corte, un interesse transfrontaliero certo esiste senza che sia necessario che un operatore economico abbia effettivamente manifestato il proprio interesse (sentenza del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

17 Il giudice del rinvio aggiunge che l'articolo 253, comma 20 bis, del decreto legislativo n. 163/2006 consente l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse anche nell'ambito di appalti di importo leggermente inferiore alla soglia prevista dalle norme del diritto dell'Unione, senza alcuna plausibile giustificazione circa la necessità di una disciplina transitoria così prolungata.

18 Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia) ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli articoli 49 [TFUE] e 56 TFUE ed i principi di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di parità di trattamento, di non discriminazione e di proporzionalità debbano essere interpretati in senso ostativo ad una disciplina normativa come quella attualmente vigente in Italia, dettata dagli articoli 122, comma 9, e 253, comma 20 bis, del decreto legislativo n. 163/2006, [che prevede l']esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di lavori sottosoglia [soglia prevista all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18,] che presentino un interesse transfrontaliero».

Sulla questione pregiudiziale

19 Secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici è comunque soggetta alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, in particolare ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della cittadinanza, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché tali appalti presentino un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenze del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punti 20 e 21; dell'11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 32, nonché del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 16).

20 Per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha già dichiarato che criteri del genere potrebbero sostanzialmente, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie (v., in tal senso, sentenze del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 31, nonché del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

21 Il giudice del rinvio sembra considerare, per quanto riguarda l'appalto in causa nel procedimento principale, che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non possa essere esclusa, e che un indizio in tal senso sarebbe costituito dal fatto che Fossano è situato a meno di 200 chilometri dal confine tra la Francia e l'Italia e che tra gli offerenti ammessi a partecipare alla procedura figurano molte imprese italiane aventi sede in regioni ubicate a 600 o addirittura a 800 chilometri dal luogo di esecuzione dei lavori.

22 Occorre in proposito sottolineare che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione. Più in particolare, il giudice del rinvio non può limitarsi a presentare alla Corte elementi che permettano di non escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, ma, al contrario, deve fornire i dati idonei a dimostrarne l'esistenza.

23 Si deve constatare che, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio non ha fornito alcun elemento tale da permettere alla Corte di disporre d'informazioni di questo tipo.

24 A tal riguardo, non sarebbe giustificato ritenere che un appalto di lavori come quello in causa nel procedimento principale, avente un importo che non raggiunge nemmeno il quarto della soglia prevista dalle norme del diritto dell'Unione ed il cui luogo di esecuzione è situato a 200 chilometri dal confine con un altro Stato membro, possa presentare un interesse transfrontaliero certo per il solo motivo che un determinato numero di offerte sono state presentate da imprese aventi sede nello Stato membro considerato ed ubicate a una distanza notevole dal luogo di esecuzione dei lavori di cui trattasi.

25 Infatti, tale elemento è del tutto insufficiente alla luce delle circostanze proprie della fattispecie oggetto del procedimento principale e, in ogni caso, non può essere il solo di cui si debba

tener conto, dato che i potenziali offerenti provenienti da altri Stati membri sono soggetti a vincoli ed oneri supplementari connessi, in particolare, all'obbligo di adeguarsi al quadro giuridico ed amministrativo dello Stato membro di esecuzione nonché ad esigenze linguistiche.

26 Ciò posto, la Corte si trova nell'impossibilità di fornire al giudice del rinvio una risposta utile alla questione dal medesimo sollevata ai fini della decisione della controversia di cui esso è investito, conformemente all'obiettivo di cooperazione sancito all'articolo 267 TFUE.

27 Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile.

Sulle spese

28 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:

La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia) con ordinanza del 29 aprile 2015 è irricevibile.