Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

2 giugno 2016*

«Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Articolo 1, paragrafo 2, lettera a) — Nozione di "appalto pubblico" — Sistema di acquisto di beni che consiste nell'accettare come fornitori tutti gli operatori economici che soddisfano condizioni predefinite — Fornitura di medicinali rimborsabili nell'ambito di un regime generale di previdenza sociale — Accordi conclusi tra una cassa di assicurazione malattia e tutti i fornitori di medicinali basati su un determinato principio attivo che accettano di fare uno sconto sul prezzo di vendita, a un tasso predeterminato — Legislazione che prevede, in linea di principio, la sostituzione di un medicinale rimborsabile commercializzato da un operatore che non ha concluso tale accordo con un medicinale dello stesso tipo commercializzato da un operatore che ha concluso tale accordo»

Nella causa C-410/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf, Germania), con decisione del 13 agosto 2014, pervenuta in cancelleria il 29 agosto 2014, nel procedimento

Dr. Falk Pharma GmbH

contro

DAK-Gesundheit,

con l'intervento di:

Kohlpharma GmbH,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente della Quarta Sezione, facente funzione di presidente della Quinta Sezione, D. Šváby (relatore), A. Rosas, E. Juhász e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: P. Cruz Villalón

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

viste le osservazioni presentate:

— per la Dr. Falk Pharma GmbH, da M. Ulshöfer, Rechtsanwalt;

* Lingua processuale: il tedesco.

— per la DAK-Gesundheit, da A. Csaki, Rechtsanwalt;

— per la Kohlpharma GmbH, da C. Stumpf, Rechtsanwalt;

— per il governo tedesco, da T. Henze e A. Lippstreu, in qualità di agenti;

— per il governo ellenico, da K. Nasopoulou e S. Lekkou, in qualità di agenti;

— per il governo svedese, da A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg e F. Sjövall, in qualità di agenti;

— per la Commissione europea, da C. Hermes e A. Tokár, 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 1, paragrafo 2, lettera a), 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, e rettifiche in GU 2004, L 351, pag. 44, e GU 2005, L 329, pag. 40).

2 Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Falk Pharma GmbH (in prosieguo: la «Falk») e la DAK-Gesundheit (in prosieguo: la «DAK»), una cassa di assicurazione malattia, in presenza della Kohlpharma GmbH, relativamente ad una procedura avviata dalla DAK finalizzata alla conclusione di convenzioni di sconto sul prezzo con società che commercializzano un medicinale il cui principio attivo è la mesalazina, e risultata nella conclusione di un accordo di questo tipo con la Kohlpharma.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 I considerando 2 e 3 della direttiva 2004/18 così recitano:

«(2) 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 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. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato.

(3) Tali disposizioni di coordinamento dovrebbero rispettare, nella misura del possibile, le procedure e le prassi in vigore in ciascuno Stato membro».

4 Il considerando 11 della direttiva medesima così recita:

«Occorre prevedere una definizione comunitaria degli accordi quadro nonché delle norme specifiche per gli accordi quadro conclusi in relazione ad appalti che rientrano nel campo d'applicazione della presente direttiva. Ai sensi di dette disposizioni un'amministrazione aggiudicatrice, quando conclude, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, un accordo quadro riguardante, tra l'altro, la pubblicità, i termini e le condizioni di presentazione delle offerte, può concludere, nel periodo di durata dell'accordo quadro, contratti basati su tale accordo quadro sia applicando le condizioni stabilite nell'accordo quadro stesso oppure, se tutte le condizioni non sono state stabilite in anticipo nell'accordo quadro, riaprendo il confronto competitivo tra le parti all'accordo quadro sulle condizioni non stabilite. (...)».

5 L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, stabilisce che gli «"appalti pubblici" sono 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 ai sensi della presente direttiva».

6 Lo stesso articolo 1 definisce, al suo paragrafo 5, la nozione di «accordo quadro» come segue:

«Un "accordo quadro" è un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste».

7 L'articolo 2 di detta direttiva così recita:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

8 L'articolo 32 della direttiva 2004/18 dispone quanto segue:

«(...)

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi dell'articolo 53.

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. Tali procedure sono applicabili solo tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro.

(...)

4. Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici, il numero di questi deve essere almeno pari a tre, purché vi sia un numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione e/o di offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione.

Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici possono essere aggiudicati:

— mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo, oppure

— qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

(...)».

9 A termini dell'articolo 43, primo comma, di tale direttiva:

«Per ogni appalto, ogni accordo quadro e ogni istituzione di un sistema dinamico di acquisizione l'amministrazione aggiudicatrice redige un verbale contenente almeno le seguenti informazioni:

(...)

e) il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi;

(...)».

10 La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 (GU 2014, L 94, pag. 65), i cui atti di recepimento, in virtù del suo articolo 90, paragrafo 1, devono entrare in vigore al più tardi il 18 aprile 2016, definisce, al suo articolo 1, paragrafo 2, l'appalto nei termini seguenti:

«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».

Diritto nazionale

11 In virtù dell'articolo 129, paragrafo 1, del Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (Codice di previdenza sociale, quinto libro – regime pubblico di assicurazione malattia; in prosieguo: il «SGB V»), per la fornitura di un medicinale prescritto attraverso l'indicazione del suo principio attivo e la cui sostituzione con un medicinale con principio attivo equivalente non è esclusa dal medico che lo ha prescritto, i farmacisti devono sostituire il medicinale prescritto con un medicinale con un principio attivo equivalente per il quale è stato conclusa una convenzione di sconto, ai sensi dell'articolo 130a, paragrafo 8, del SGB V.

12 Conformemente a quest'ultima disposizione, le casse di assicurazione malattia o le loro associazioni possono concludere con le società farmaceutiche convenzioni di sconto, di una durata di due anni, sul prezzo di vendita dei medicinali che sono distribuiti a spese delle casse.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

13 In data 28 agosto 2013, la DAK ha pubblicato nel supplemento alla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso relativo a una «procedura di ammissione» per la stipula di una convenzione di sconto, ai sensi dell'articolo 130a, paragrafo 8, del SGB V, relativamente ai medicinali il cui principio attivo è la mesalazina. Il tasso di sconto era fissato a 15% del prezzo «ex fabrica» ed il periodo coperto andava dal 1º ottobre 2013 al 30 settembre 2015.

14 Tale procedura prevedeva l'ammissione di tutte le società interessate che soddisfacevano i criteri d'ammissione e la conclusione con ciascuna di tali società di contratti identici, i cui termini erano predeterminati e non negoziabili. Inoltre, qualsiasi altra società che soddisfacesse tali criteri aveva ancora la possibilità di aderire, alle stesse condizioni, al sistema di convenzioni di sconto durante il periodo di validità di quest'ultimo.

15 L'avviso del 28 agosto 2013 indicava che la detta procedura non era soggetta al diritto degli appalti pubblici.

16 In seguito a tale avviso, la Kohlpharma fu la sola società a manifestare il suo interesse. Un contratto venne concluso con tale società il 5 dicembre 2013. Il meccanismo di sostituzione previsto dall'articolo 129, paragrafo 1, del SGB V, è stato implementato a partire dal 1º gennaio2014 nel sistema informatico utilizzato dalle farmacie. La conclusione di tale contratto è stata oggetto di una comunicazione nella Gazzetta ufficiale il 22 febbraio successivo.

17 Il 17 gennaio 2014, la Falk ha proposto un ricorso dinanzi alla Vergabekammer des Bundes (Sezione federale per l'aggiudicazione di appalti pubblici, Germania) volto ad ottenere l'accertamento dell'incompatibilità con il diritto degli appalti pubblici della procedura di ammissione avviata dalla DAK e dell'unica convenzione che ne era risultata. Avverso tale ricorso è stata proposta impugnazione dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf, Germania).

18 Nel quadro di detto ricorso, la Falk sostiene che il diritto in materia di appalti pubblici è applicabile ogni qualvolta un'amministrazione aggiudicatrice si procuri beni sul mercato e che tale diritto esige che si faccia ricorso ad una gara, il che implica la conclusione di contratti esclusivi.

19 Al contrario, la DAK ritiene che, per acquistare i beni e i servizi di cui ha bisogno, un'amministrazione aggiudicatrice può ricorrere non soltanto alle gare pubbliche, ma anche a modelli alternativi, ed è quindi libera di attribuire un appalto in esclusiva, in seguito ad una decisione di selezione, come anche di concludere contratti con tutte le società interessate senza operare alcuna selezione. Orbene, la sussistenza di una decisione di selezione sarebbe un elemento costitutivo della nozione di «appalto pubblico» ai sensi della direttiva 2004/18 e del diritto dell'Unione in materia, di modo che, in assenza di selezione, contratti come quelli di cui al procedimento principale non costituirebbero appalti pubblici.

20 La Kohlpharma ritiene, quanto ad essa, che la libertà di scelta di un'amministrazione aggiudicatrice per quanto riguarda la natura dei contratti necessari all'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico è sancita dalla giurisprudenza della Corte in materia di concessioni di servizi.

21 Il giudice del rinvio spiega che la ricevibilità del ricorso introdotto dalla Falk dipende dalla questione se un contratto di adesione ad un sistema di convenzioni di sconto ai sensi dell'articolo 130a, paragrafo 8, del SGB V, concluso con tutti gli operatori economici interessati nell'ambito di una procedura di ammissione senza decisione di selezione, costituisce un appalto pubblico ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18. In altri termini, si tratta di accertare se la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, che implica l'esclusiva per l'operatore selezionato, sia un elemento caratterizzante dell'appalto pubblico. In tale ipotesi, una procedura di ammissione volta a concludere contratti con tutti gli operatori economici interessati non costituirebbe una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico.

22 Tale giudice indica che la giurisprudenza nazionale è divisa su questa questione. Secondo alcuni giudici, un appalto pubblico è un contratto che accorda all'operatore scelto un'esclusiva, di modo che un appalto che è concluso con tutti gli operatori che lo chiedono non costituirebbe un appalto pubblico. Altri giudici ritengono che qualsiasi appalto concluso da un'amministrazione aggiudicatrice è un appalto pubblico e che la scelta di uno degli offerenti, e quindi il conferimento dell'esclusiva, costituisce un obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice.

23 Il giudice del rinvio è incline a pensare che un sistema di convenzioni di sconto come quello di cui al procedimento principale non costituisce un appalto pubblico. Infatti, in ragione del fatto che tutti gli operatori che soddisfano le condizioni predeterminate e che chiedono di essere integrati sono ammessi a tale sistema, non vi sarebbe alcuna selezione, pertanto nessun conferimento di un vantaggio economico ad un operatore e, dunque, nessun rischio di discriminazione. Orbene, come risulterebbe dal considerando 2 e dall'articolo 2 della direttiva 2004/18, il diritto degli appalti pubblici avrebbe precisamente l'obiettivo di evitare le derive legate a questo tipo di rischi.

24 Tale giudice fa riferimento, a sostegno di tali considerazioni, da una parte alla sentenza del 10 settembre 2009 Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), dalla quale deduce che gli appalti non debbano necessariamente essere aggiudicati nella forma di appalti pubblici qualora sussista un'alternativa legittima, che, nell'ambito del procedimento principale che ha dato luogo a tale sentenza, consisteva in una concessione di servizi. Infatti, né dal diritto primario né dal diritto derivato poteva essere desunto che tutti gli acquisti dovevano essere effettuati esclusivamente in forma di appalti pubblici. Questi ritiene che, se una differenza esiste tra appalto pubblico e concessione di servizi, in base al tipo di controprestazione finanziaria prevista dal contratto, niente esclude che la sussistenza o meno di una scelta tra gli operatori economici interessati possa creare un'altra differenza. A tale proposito, secondo detto giudice, la sentenza del 15 luglio 2010, Commissione/Germania (C-271/08, EU:C:2010:426), potrebbe indirettamente confermare tale conclusione, in quanto la Corte vi ha constatato, al punto 73, che la finalità della direttiva in materia di appalti pubblici mira ad escludere il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

25 D'altra parte, il giudice del rinvio fa riferimento alla direttiva 2014/24, in particolare alla definizione della nozione di «aggiudicazione di un appalto pubblico» introdotta da questa direttiva, che opera un rinvio esplicito alla scelta degli operatori economici, e al secondo comma del considerando 4 di detta direttiva, che esclude dalla nozione di appalto pubblico situazioni in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un compito senza alcuna selettività, mentre uno degli esempi forniti sembra rinviare a un sistema comparabile a quello di cui si tratta nel procedimento principale. Tale giudice ritiene che se, nel caso di specie, la direttiva 2014/24 non è applicabile ratione temporis, la definizione della nozione di «aggiudicazione di un appalto pubblico» che essa contiene, mentre la direttiva 2004/18 non definisce questa nozione, non introduce nessuna modifica. Infatti, il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è sempre stato caratterizzato dall'elemento della concorrenza.

26 Nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che la selezione è un elemento tipico di un appalto pubblico e che, dunque, una procedura di ammissione a un sistema di convenzioni di sconto come quello di cui trattasi nel procedimento principale non è, in linea di principio, una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, il giudice del rinvio ritiene che converrebbe precisare i requisiti di regolarità di una tale procedura di ammissione, il cui rispetto sarebbe necessario affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa rinunciare ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico che implichi la selezione di uno o più operatori.

27 Tale giudice sottolinea che dai principi di non discriminazione e di parità di trattamento nonché dall'obbligo di trasparenza che risultano innanzitutto dal diritto primario, derivano requisiti procedurali e sostanziali anche nell'ambito di tale procedura di ammissione, al fine di garantire che sia effettivamente esclusa qualsiasi selettività da cui derivi un qualsivoglia vantaggio concorrenziale ad un operatore economico. Orbene, le modalità d'organizzazione di una procedura di ammissione potrebbero creare discriminazioni e disparità di trattamento.

28 I requisiti di regolarità di una tale procedura potrebbero essere la pubblicità a livello dell'Unione relativamente all'apertura di tale procedura e ai contratti che saranno conclusi nell'ambito della stessa, regole chiare relative all'ammissione, la fissazione a priori dei termini dei contratti d'adesione al sistema delle convenzioni di sconto e la possibilità di aderire in qualsiasi momento.

29 Tale possibilità di adesione in qualsiasi momento distinguerebbe una procedura di ammissione, come quella di cui al procedimento principale, da una procedura di aggiudicazione di un accordo quadro di cui all'articolo 32, della direttiva 2004/18. Infatti, il requisito imposto dal paragrafo 2, secondo comma, di tale articolo, secondo cui gli appalti basati su un accordo quadro possono essere conclusi soltanto con gli operatori economici che sono parte dell'accordo quadro, discenderebbe dal carattere selettivo di questo tipo di accordo. Secondo il giudice del rinvio, imporre una tale limitazione nell'ambito di una procedura di ammissione, fissando un termine al di là del quale un operatore non potrebbe più aderire al sistema di convenzioni di sconto, avrebbe un effetto discriminatorio, poiché procurerebbe un vantaggio concorrenziale agli operatori che hanno aderito a tale sistema.

30 Tale giudice considera che il meccanismo di sostituzione dei medicinali previsto dall'articolo 129 del SGB V non procura un tale vantaggio competitivo in caso di adesione a un sistema di convenzioni di sconto ai sensi dell'articolo 130a, paragrafo 8, dello stesso testo. La situazione sarebbe, a tal riguardo, diversa se una tale convenzione di sconto fosse conclusa nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici. In quest'ultimo caso, l'esclusiva di cui beneficia l'aggiudicatario avrebbe la conseguenza di permettergli di godere di una posizione concorrenziale speciale, con la conseguenza che l'attribuzione dell'appalto avrebbe un effetto determinante sulla concorrenza. Invece, allorché tali accordi sono conclusi con tutti gli operatori interessati, la sostituzione dei medicinali interverrebbe sulla base di una scelta operata non dall'amministrazione aggiudicatrice, ma dal farmacista o dal paziente in base alle condizioni di acquisto proposte dagli operatori che hanno aderito al sistema delle convenzioni di sconto. Quindi potrebbe verificarsi che alcuni tra gli operatori che hanno aderito vedano i loro prodotti acquistati molto raramente. Lo stesso può accadere anche se, come nella fattispecie, ha aderito un solo operatore. Infatti, conferendo il diritto di aderire in qualsiasi momento a qualsiasi operatore interessato, l'amministrazione aggiudicatrice rinuncerebbe a influenzare la situazione concorrenziale, in quanto quest'ultima non dipende dalla possibilità di sostituire i medicinali degli operatori che aderiscono, ma dalla decisione presa da ciascun operatore potenzialmente interessato di partecipare o meno al sistema delle convezioni di sconto.

31 In tale contesto, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la nozione di "appalto pubblico" ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 non sia più soddisfatta quando le amministrazioni aggiudicatrici seguano procedure di ammissione con cui aggiudicano un appalto senza scegliere uno o più operatori economici.

2) Qualora alla prima questione occorra rispondere che un appalto pubblico sia caratterizzato dalla scelta di uno o più operatori economici, (...) se l'elemento caratteristico della scelta di operatori economici [che implicherebbe, in tale ipotesi, la nozione di "appalto pubblico"] ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE alla luce dell'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE vada interpretato nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici possano evitare di scegliere uno o più operatori economici durante la procedura di ammissione solo ove siano soddisfatti seguenti presupposti:

— lo svolgimento di una procedura di ammissione viene pubblicato a livello europeo,

— vengono stabilite regole univoche in merito alla stipula del contratto e all'adesione al contratto,

— le condizioni contrattuali vengono stabilite in precedenza in modo tale che nessun operatore economico possa influenzare il contenuto del contratto,

— agli operatori economici viene concesso il diritto di aderire al contatto in qualsiasi momento, e

— le stipule dei contratti vengono pubblicate a livello europeo».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

32 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che si deve qualificare come appalto pubblico, ai sensi di tale direttiva, un sistema di convenzioni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che s'impegna a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso.

33 Certamente, come hanno rilevato alcune parti interessate che hanno presentato osservazioni scritte alla Corte, un tale sistema conduce alla conclusione di contratti a titolo oneroso tra un ente pubblico, che potrebbe costituire un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18, e taluni operatori economici, aventi ad oggetto la fornitura di prodotti, il che corrisponde alla definizione della nozione di «appalto pubblico» enunciata all'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva.

34 Ciononostante è opportuno rilevare, da una parte, che conformemente al considerando 2 di detta direttiva, le disposizioni di coordinamento che essa introduce devono essere interpretate in conformità con i principi del Trattato FUE, in particolare con i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché con i principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza, a cui sono sottoposte le aggiudicazioni di appalti pubblici negli Stati membri.

35 D'altra parte, in quanto il coordinamento a livello dell'Unione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi è diretto a proteggere, pertanto, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro, l'obiettivo della direttiva 2004/18 è di escludere che nell'attribuzione degli appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici venga data la preferenza alle imprese offerenti nazionali o ai candidati nazionali (v., in tal senso, quanto alla direttiva relativa agli appalti pubblici di servizi precedentemente in vigore, sentenza del 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punti 41 e 42 e la giurisprudenza ivi citata).

36 Orbene, essenzialmente, il rischio di favorire gli operatori economici nazionali, che detta direttiva è volta ad evitare, è intimamente collegato alla selezione che l'amministrazione aggiudicatrice intende operare tra le offerte ricevibili e all'esclusiva che deriverà dall'attribuzione dell'appalto in questione all'operatore di cui si accetta l'offerta, o agli operatori economici le cui offerte sono state accettate nel caso di un accordo quadro, ciò che costituisce l'obiettivo di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici.

37 Conseguentemente, allorché un ente pubblico cerchi di concludere contratti di fornitura con tutti gli operatori economici desiderosi di fornire i prodotti in questione alle condizioni indicate da tale ente, la mancata designazione di un operatore economico a cui sia accordata l'esclusiva su un appalto fa sì che non sussista la necessità d'inquadrare l'azione di tale amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle precise norme della direttiva 2004/18, per impedirle di attribuire un appalto favorendo gli operatori nazionali.

38 La scelta di un'offerta e quindi di un aggiudicatario, sembra quindi un elemento intrinsecamente legato all'inquadramento degli appalti pubblici da parte di tale direttiva e, di conseguenza, alla nozione di «appalto pubblico» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della stessa.

39 Tale constatazione è corroborata dall'articolo 43, primo comma, lettera e), della direttiva 2004/18, a termini del quale, per ogni appalto, ogni accordo quadro e ogni istituzione di un sistema dinamico di acquisizione, l'amministrazione aggiudicatrice redige un verbale contenente il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta.

40 Occorre, peraltro, rilevare che questo principio è espressamente enunciato nella definizione della nozione di «appalto pubblico» ormai iscritta nell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, del quale un elemento è la scelta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dell'operatore economico, dal quale acquisirà, attraverso un appalto pubblico, lavori, forniture o servizi che costituiscono l'oggetto di tale appalto.

41 Infine, è opportuno rilevare che la particolarità di un sistema di convenzioni come quello di cui trattasi nel procedimento principale che è insita nel fatto che esso è permanentemente aperto, durante tutta la durata della sua validità, agli operatori interessati, e dunque non è limitato ad un periodo preliminare durante il quale le imprese sarebbero chiamate a manifestare il loro interesse presso l'ente pubblico interessato, è sufficiente a distinguere tale sistema da un accordo quadro. Infatti, conformemente all'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, gli appalti basati su un accordo quadro possono essere attribuiti soltanto agli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro.

42 Occorre, dunque, rispondere alla prima questione sollevata, che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che non costituisce un appalto pubblico, ai sensi di tale direttiva, un sistema di convenzioni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che s'impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso.

Sulla seconda questione

43 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, a quali requisiti sia sottoposta la regolarità, in base al diritto dell'Unione, di una procedura di ammissione ad un sistema di convenzioni come quello di cui trattasi nel procedimento principale.

44 Occorre rilevare che una tale procedura, nei limiti in cui il suo oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo, è sottoposta alle norme fondamentali del Trattato FUE, in particolare ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva e quest'ultimo obbligo impone di procedere ad una pubblicità adeguata. A tal riguardo, gli Stati membri dispongono, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, di un certo margine di discrezionalità al fine dell'adozione di misure destinate a garantire l'osservanza del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza.

45 Tuttavia, il requisito di trasparenza implica una pubblicità che permetta agli operatori economici potenzialmente interessati di prendere opportunamente conoscenza dello svolgimento e delle caratteristiche essenziali di una procedura di ammissione come quella di cui trattasi nel procedimento principale.

46 Spetta al giudice nazionale valutare se la procedura di ammissione di cui trattasi nel procedimento principale soddisfi tali requisiti.

47 Occorre dunque rispondere alla seconda questione sollevata che, nei limiti in cui l'oggetto di una procedura di ammissione a un sistema di convenzioni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, presenti un interesse transfrontaliero certo, essa deve essere concepita e organizzata

conformemente alle norme fondamentali del Trattato FUE, in particolare ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva.

Sulle spese

48 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 (Quinta Sezione) dichiara:

1) **L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), 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, deve essere interpretato nel senso che non costituisce un appalto pubblico, ai sensi di tale direttiva, un sistema di convenzioni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che si impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso.**

2) **Nei limiti in cui l'oggetto di una procedura di ammissione a un sistema di convenzioni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, presenti un interesse transfrontaliero certo, essa deve essere concepita e organizzata conformemente alle norme fondamentali del Trattato FUE, e in particolare ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva.**

Firme