Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

16 aprile 2015*

«Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Forniture — Specifiche tecniche — Principi di parità di trattamento e di non discriminazione — Obbligo di trasparenza — Riferimento ad un prodotto recante un marchio commerciale — Valutazione dell'equivalenza del prodotto proposto da un offerente — Cessata fabbricazione del prodotto di riferimento»

Nella causa C-278/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Curtea de Apel Alba Iulia (Romania), con decisione del 21 marzo 2014, pervenuta in cancelleria il 6 giugno 2014, nel procedimento

**SC Enterprise Focused Solutions SRL**

contro

**Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia,**

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász e D. Šváby (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: A. Calot Escobar

considerate le osservazioni presentate:

— per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;

— per la Commissione europea, da L. Nicolae 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

* Lingua processuale: il rumeno.

## Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 23, paragrafo 8, 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, e, per rettifica, GU 2004, L 351, pag. 44), come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU L 319, pag. 43; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la SC Enterprise Focused Solutions SRL (in prosieguo: l'«EFS») e lo Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia (ospedale distrettuale per le urgenze di Alba Iulia) in merito alla decisione di quest'ultimo di escludere l'offerta presentata dall'EFS nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

### Contesto normativo

3 Il considerando 2 della direttiva 2004/18 è del seguente tenore:

«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».

4 Ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti»:

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

5 Conformemente all'articolo 7, lettera b), primo trattino, della direttiva 2004/18, quest'ultima si applica segnatamente agli appalti pubblici di forniture il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») è pari o superiore a EUR 200 000 per gli appalti aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali indicate nell'allegato IV della medesima direttiva.

6 La nozione di «specifiche tecniche» è così definita al punto 1, lettera b), dell'allegato VI della direttiva 2004/18:

«"specifiche tecniche", nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, la concezione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili)[,] la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità».

7 Ai sensi dell'articolo 23 di tale direttiva:

«(...)

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.

3. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nella misura in cui sono compatibili con la normativa comunitaria le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti:

a) mediante riferimento a specifiche tecniche definite nell'allegato VI e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti. Ciascun riferimento contiene la menzione "o equivalente";

b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto;

c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera b), con riferimento alle specifiche citate nella lettera a) quale mezzo per presumere la conformità a dette prestazioni o a detti requisiti;

d) mediante riferimento alle specifiche di cui alla lettera a) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera b) per le altre caratteristiche.

(...)

8. A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i paragrafi 3 e 4; una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione "o equivalente"».

## Procedimento principale e questione pregiudiziale

8 Il 20 novembre 2013, lo Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia ha indetto una gara d'appalto online in vista della conclusione di un contratto di fornitura di sistemi e di materiali informatici. Il valore stimato di tale appalto era pari a 259 750 lei rumeni, IVA esclusa. Tale importo corrisponde a circa EUR 58 600.

9 I documenti dell'appalto chiarivano, per quanto concerne l'unità centrale del sistema informatico, che il processore doveva corrispondere, «almeno», a un processore «Intel Core i5 3,2 GHz o equivalente».

10 L'offerta presentata dall'EFS comprendeva un processore del marchio AMD e di tipo Quad Core A8-5600k, dotato di sei core, con frequenza standard di 3,6 GHz e frequenza «turbo» di 3,9 GHz.

11 Tale offerta è stata esclusa in base al rilievo che essa non era conforme alle specifiche tecniche dell'appalto. L'amministrazione aggiudicatrice è giunta a tale conclusione dopo aver rilevato, in seguito a una consultazione del sito Internet del marchio Intel, che i processori di tipo Core i5, con una frequenza di 3,2 GHz, di prima e seconda generazione (Core i5-650) non erano più prodotti né supportati da tale produttore, ancorché essi fossero tuttora disponibili in commercio, e che il processore del medesimo tipo oramai prodotto dal predetto produttore e con una frequenza di almeno 3,2 GHz era il processore di terza generazione. Facendo riferimento a tale processore di terza generazione, le cui prestazioni sono superiori a quelle del processore proposto dall'EFS, quest'ultimo è stato dichiarato non conforme alle specifiche tecniche dell'appalto.

12 L'EFS ha proposto una contestazione dinanzi al Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Consiglio nazionale per la decisione sulle contestazioni) contro la decisione di esclusione della sua offerta, sostenendo che le prestazioni del processore previsto in quest'ultima sono superiori a quelle del processore indicato nell'ambito delle specifiche tecniche dell'appalto, vale a dire l'Intel Core i5-650, de 3,2 GHz. È pacifico che il processore proposto dall'EFS è effettivamente superiore a quello del marchio Intel di tipo Core i5-650. Poiché tale contestazione è stata respinta con decisione dell' 11 febbraio 2014, la ricorrente nel procedimento principale ha adito la Curtea de Apel Alba Iulia (Corte d'appello di Alba Iulia) con un ricorso contro tale decisione.

13 In tali circostanze, la Curtea de Apel Alba Iulia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18 […] possa essere interpretato nel senso che, quando l'amministrazione aggiudicatrice definisce le specifiche tecniche del prodotto oggetto del contratto di appalto tramite riferimento ad un prodotto di un determinato marchio, le caratteristiche del prodotto proposto [da un offerente e presentato come] equivalente debbano essere riferite solo alle [caratteristiche] dei prodotti che si trovano attualmente in produzione [da parte del produttore il cui prodotto è servito come riferimento per la specifica tecnica di cui trattasi] o possano anche essere riferite ai prodotti [di tale produttore] esistenti sul mercato ma la cui produzione è cessata?»

**Sulla questione pregiudiziale**

14 In via preliminare, si deve rilevare che il giudice del rinvio muove dall'ipotesi che la direttiva 2004/18 sia applicabile nell'ambito del procedimento principale senza, però, fornire elementi da cui risulti l'applicabilità di tale atto di diritto derivato.

15 Orbene, occorre rilevare che le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive dell'Unione europea che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente in ciascuna delle citate direttive. Pertanto, le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (sentenza SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 19 nonché giurisprudenza ivi citata). Quindi, l'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18, che la Corte è chiamata a interpretare, non si applica nell'ambito del procedimento principale. In effetti, il valore IVA esclusa dell'appalto pubblico di cui trattasi è pari a EUR 58 600, mentre la soglia rilevante di applicazione di tale direttiva, fissata al suo articolo 7, lettera b), è pari ad EUR 200 000.

16 Occorre, tuttavia, considerare che all'aggiudicazione di appalti che, alla luce del loro valore, non rientrano nell'ambito di applicazione della predetta direttiva si applicano, comunque, le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché tali appalti presentino un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto di determinati criteri oggettivi (v., in tal senso, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

17 Orbene, nonostante il giudice del rinvio non faccia direttamente riferimento alle norme fondamentali e ai principi generali del diritto dell'Unione nella decisione di rinvio, da giurisprudenza costante risulta che, per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale (v., in tal senso, sentenza Medipac – Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punto 34).

18 A tal riguardo, occorre rilevare che il giudice del rinvio non ha indicato gli elementi necessari a consentire alla Corte di verificare se, nel procedimento principale, vi sia un interesse transfrontaliero certo. Orbene, occorre ricordare che, come risulta dall'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, quest'ultima deve poter trovare in una domanda di pronuncia pregiudiziale un'illustrazione degli elementi di fatto su cui sono basate le questioni nonché del legame esistente segnatamente fra tali elementi e dette questioni. Di conseguenza, la constatazione degli elementi necessari per consentire di valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, così come, in via generale, tutte le constatazioni cui spetta ai giudici nazionali procedere e dalle quali dipende l'applicabilità di un atto di diritto derivato o di diritto primario dell'Unione, dovrebbero essere effettuate prima di adire la Corte (v. sentenza Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 47).

19 Tuttavia, in considerazione dello spirito di cooperazione che informa i rapporti fra i giudici nazionali e la Corte nell'ambito della procedura in via pregiudiziale, la mancanza di siffatte previe constatazioni da parte del giudice del rinvio relativamente all'esistenza di un eventuale interesse transfrontaliero certo non conduce necessariamente all'irricevibilità della domanda se la Corte, alla luce degli elementi risultanti dal fascicolo, ritiene di essere in grado di fornire una risposta utile al giudice del rinvio. Siffatta ipotesi ricorre segnatamente quando l'ordinanza di rinvio contiene elementi pertinenti sufficienti per poter valutare l'eventuale sussistenza di tale interesse. Ciò nondimeno, la risposta fornita dalla Corte è data unicamente con la riserva che, sulla base di una valutazione circostanziata di tutti gli elementi pertinenti relativi al procedimento principale, possa essere constatato dal giudice del rinvio un interesse transfrontaliero certo nel procedimento principale (v., in tal senso, sentenza Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).

20 Quanto ai criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha già dichiarato che criteri del genere potrebbero sostanziarsi, 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. Il giudice del rinvio, nella sua valutazione complessiva della sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, può tenere conto parimenti dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie (v. sentenza Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

21 Nel caso di specie, va rilevato che, nonostante il valore esiguo dell'appalto e la mancanza di chiarimenti da parte del giudice del rinvio, l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale potrebbe presentare un interesse transfrontaliero certo, alla luce degli elementi di fatto del procedimento principale, in particolare della circostanza che tale procedimento verte sulla fornitura di sistemi e di materiali informatici con un processore di riferimento recante un marchio internazionale.

22 Pertanto, spetta al giudice del rinvio valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto in cui si inserisce la causa con cui è adito, se l'appalto di cui al procedimento principale presenti effettivamente un interesse transfrontaliero certo. È con tale riserva che sono espresse le seguenti considerazioni.

23 La questione pregiudiziale va dunque intesa nel senso che essa, nell'ambito di un appalto non assoggettato alla direttiva 2004/18 ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, verte sulle conseguenze delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

24 Occorre sottolineare inoltre che, nel procedimento principale, la cessata fabbricazione con mantenimento della disponibilità nel mercato non concerne il prodotto presentato da un offerente, ma il prodotto cui si riferisce la specifica tecnica controversa. Pertanto, la questione pertinente non è se, indipendentemente da qualsiasi precisazione in proposito nei documenti dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, l'amministrazione aggiudicatrice possa esigere che il prodotto proposto da un offerente sia tuttora fabbricato, bensì se un'amministrazione aggiudicatrice, che ha definito una specifica tecnica facendo riferimento a un prodotto di un marchio determinato, possa, in caso di cessata fabbricazione di quest'ultimo prodotto, modificare tale specifica facendo riferimento al prodotto analogo del medesimo marchio che è oramai prodotto, le cui caratteristiche sono differenti.

25 Quanto ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché all'obbligo di trasparenza, va riconosciuta agli Stati membri una certa discrezionalità nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto di tali principi, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico (sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 31 e 32).

26 L'obbligo di trasparenza ha segnatamente lo scopo di eliminare il rischio di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (v., per quanto riguarda l'articolo 2 della direttiva 2004/18, sentenza SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

27 Orbene, tale scopo non sarebbe raggiunto se l'amministrazione aggiudicatrice potesse svincolarsi dalle condizioni da essa stessa stabilite. Pertanto, le è vietato di modificare i criteri di aggiudicazione nel corso della procedura di aggiudicazione. I principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza hanno, al riguardo, il medesimo effetto quanto alle specifiche tecniche.

28 Pertanto, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza vietano all'autorità aggiudicatrice di respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara sulla base di motivi non previsti in tale bando (sentenza Medipac – Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punto 54).

29 Di conseguenza, successivamente alla pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice non può procedere a una modifica della specifica tecnica relativa ad un elemento dell'appalto, in violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza. Non rileva, al riguardo, che l'elemento cui si riferisce tale specifica sia o meno tuttora fabbricato o disponibile in commercio.

30 Si deve, dunque, rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18 non è applicabile a un appalto pubblico il cui valore non raggiunga la soglia di applicazione prevista da tale direttiva. Nell'ambito di un appalto pubblico non assoggettato alla predetta direttiva, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, le norme fondamentali e i principi generali del Trattato, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non può respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara basandosi su motivi non previsti in tale bando.

**Sulle spese**

31 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:

**L'articolo 23, paragrafo 8, 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, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, non è applicabile a un appalto pubblico il cui valore non raggiunga la soglia di applicazione prevista da tale direttiva. Nell'ambito di un appalto pubblico non assoggettato alla predetta direttiva, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non può respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara basandosi su motivi non previsti in tale bando.**

Firme