Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 6 febbraio 2025 [1]

Causa C-82/24

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.
contro
Veolia Water Technologies sp. z o.o.,
Krüger A/S,
OTV France,
Haarslev Industries GmbH,
Warbud S.A.

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunale regionale di Varsavia, Polonia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 2 – Principi della parità di trattamento e di trasparenza – Obbligo non espressamente previsto nei documenti di gara né nel contratto – Applicazione in via suppletiva del diritto civile tramite rinvio delle clausole contrattuali – Rinnovo della garanzia derivante dall'interpretazione di disposizioni di legge applicabili per analogia – Offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente»

1. La controversia all'origine del presente rinvio pregiudiziale verte sul periodo di garanzia pattuito tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario di un contratto di appalto pubblico il cui oggetto era l'espansione e la modernizzazione di un impianto di trattamento delle acque reflue.

2. La causa riguarda l'eventuale rinnovo del periodo di garanzia, oltre il termine espressamente convenuto nel contratto. Il giudice del rinvio dubita che tale rinnovo, essendo imposto unilateralmente dall'amministrazione aggiudicatrice, sia compatibile con i principi sanciti nell'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE [2], applicabile *ratione temporis*.

[1] Lingua originale: lo spagnolo.

[2] Direttiva 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).

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2004/18

3. L'articolo 2 («Principi di aggiudicazione degli appalti») così dispone:

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

4. L'articolo 12 («Appalti aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali») così recita:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17/CE che le amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 della medesima aggiudicano per tali attività, né agli appalti pubblici esclusi dal campo di applicazione di detta direttiva in forza del suo articolo 5, paragrafo 2 e dei suoi articoli 19, 26 e 30.

Tuttavia la presente direttiva continua ad applicarsi agli appalti aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano una o più attività di cui all'articolo 5 *bis* della direttiva 2004/17/CE e che sono aggiudicati per tali attività, fin quando lo Stato membro interessato si avvale della facoltà di cui all'articolo 68, secondo comma di tale direttiva per differirne l'applicazione».

5. L'articolo 26 («Condizioni di esecuzione dell'appalto») così stabilisce:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali».

2. Direttiva 2004/17/CE[3]

6. Ai sensi dell'articolo 4 («Acqua»):

«1. La presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o

b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

[3] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1).

2. La presente direttiva si applica anche agli appalti o ai concorsi attribuiti od organizzati dagli enti che esercitano un'attività di cui al paragrafo 1, e che:

a) riguardano progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20% del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o di drenaggio, o

b) riguardano lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue.

(...)».

7. L'articolo 10 («Principi per l'aggiudicazione degli appalti») enuncia quanto segue:

«Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

8. L'articolo 38 («Condizioni di esecuzione dell'appalto») così prevede:

«Gli enti aggiudicatori possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nell'avviso con cui si indice la gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali».

B. Contesto normativo nazionale

1. Legge (previgente) del 29 gennaio 2004 sugli appalti pubblici [4]

9. A norma dell'articolo 29, paragrafo 1, il capitolato deve descrivere l'oggetto dell'appalto in modo inequivocabile ed esauriente, con termini sufficientemente precisi e comprensibili, tenendo conto di tutti i requisiti e di tutte le circostanze che possono influenzare l'elaborazione dell'offerta.

10. L'articolo 36, paragrafo 1, punto 16, prescrive che il capitolato d'oneri contenga quantomeno le clausole essenziali per le parti, le condizioni generali dei contratti o i contratti tipo, se l'amministrazione aggiudicatrice impone agli operatori economici di concludere il contratto di appalto pubblico alle suddette condizioni.

2. Codice civile [5]

11. L'articolo 353 così dispone:

«Le parti che stipulano un contratto possono liberamente determinare il rapporto giuridico a condizione che il suo contenuto o il suo scopo non siano contrari alle caratteristiche essenziali (natura) di tale rapporto, alla legge o alle regole di convivenza sociale».

[4] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. del 2007, n. 223, posizione 1655, come modificata).

[5] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. del 1964, n. 16, posizione 93, come modificato).

12. L'articolo 581, paragrafo 1, inserito nel titolo dedicato ai contratti di compravendita, così prevede:

«Se, nell'adempimento dei suoi obblighi, il garante ha consegnato al beneficiario della garanzia, in sostituzione del bene difettoso, un bene privo di difetti o ha effettuato una riparazione sostanziale del bene coperto dalla garanzia, il periodo di garanzia decorre nuovamente dal momento della consegna del bene privo di difetti o della restituzione del bene riparato. Se il garante ha sostituito una parte del bene, la disposizione di cui sopra si applica, *mutatis mutandis*, alla parte sostituita».

II. Fatti, controversie e questione pregiudiziale

13. La Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (in prosieguo: l'«amministrazione aggiudicatrice») ha pubblicato un bando di gara tramite procedura aperta per aggiudicare il contratto n. 8/JRP/R/2008 «Modernizzazione ed espansione dell'impianto di trattamento delle acque reflue di Czajka (trattamento termico dei fanghi di depurazione)».

14. Un consorzio di imprese guidato dalla Veolia Water Technologies sp. z o.o. (in prosieguo: la «Veolia»), con sede a Varsavia[7], ha partecipato alla procedura ed è risultato aggiudicatario dell'appalto.

15. Il 1º agosto 2008 è stato sottoscritto il contratto tra la Veolia e l'amministrazione aggiudicatrice.

16. Il contratto riguardava la costruzione di una stazione di trattamento termico dei fanghi di depurazione, dove si sarebbero dovuti installare due rigeneratori su altrettante linee indipendenti di incenerimento dei rifiuti.

17. Il contratto prevedeva anche una clausola («carta di garanzia») in cui si fissava un periodo di garanzia di trentasei mesi, che sarebbe decorso dalla data di emissione del certificato di collaudo dei lavori.

18. In base a quanto previsto dalla clausola 6.1 del contratto, «[a]lle questioni non disciplinate dalla presente carta di garanzia, si applicano le disposizioni pertinenti di diritto polacco, in particolare il codice civile (...)»

19. I lavori oggetto del contratto avrebbero dovuto essere realizzati entro il 30 ottobre 2010; tuttavia, il termine è stato prorogato fino al 30 novembre 2012. Il 21 marzo 2013 è stato emesso il certificato di collaudo dei lavori.

20. Il 26 settembre 2014 e il 3 marzo 2015 l'amministrazione aggiudicatrice ha segnalato alla Veolia, rispettivamente, che i rigeneratori della linea 2 e della linea 1 erano guasti.

21. In ottemperanza alla carta di garanzia, la Veolia ha sostituito i rigeneratori difettosi e la messa in funzione di quelli nuovi è avvenuta rispettivamente il 22 febbraio e il 28 aprile 2016.

[6] Si tratta della società incaricata dell'approvvigionamento di acqua potabile e del risanamento delle acque reflue della città di Varsavia (Polonia).

[7] Facevano parte del consorzio, oltre alla Veolia, la Krüger A/S, con sede a Søborg (Danimarca), la OTV France, con sede a Saint-Maurice (Francia), la Haarslev Industries GmbH, con sede a Bruchsal (Germania), e la Warbud S.A., con sede a Varsavia. Nel prosieguo, intenderò che la Veolia agisce a nome del consorzio.

22. Il 27 novembre 2018 l'amministrazione aggiudicatrice ha segnalato alla Veolia un (nuovo) guasto dei due rigeneratori sostitutivi e ne ha chiesto la riparazione o la sostituzione in base alla garanzia fornita.

23. La Veolia si è rifiutata di rispondere al reclamo, sostenendo che il periodo di garanzia era scaduto.

24. Il disaccordo tra le parti del contratto ha dato luogo a due cause dinanzi al Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunale regionale di Varsavia, Polonia), che le ha riunite per esaminarle congiuntamente:

– da una parte, l'amministrazione aggiudicatrice chiede alla Veolia il pagamento di EUR 5 661 772,39 a titolo di penale contrattuale, oltre a una domanda subordinata, e di 11 351 601,62 zloty polacchi (PLN) a titolo di risarcimento del danno per inesatto adempimento del contratto; in subordine, richiede il pagamento di un importo di EUR 2 533 839,65;

– dall'altra, la Veolia chiede all'amministrazione aggiudicatrice il pagamento di EUR 3 766 666,36, corrispondenti alle somme riscosse dalla suddetta amministrazione in base alle garanzie bancarie fornite.

25. In tale contesto, il giudice chiamato a pronunciarsi in merito a queste cause sottopone alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi di trasparenza, parità di trattamento e concorrenza leale, di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18 (...) debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad un'interpretazione del diritto nazionale che consente di determinare il contenuto di un contratto di appalto pubblico, stipulato con un consorzio composto da soggetti provenienti da diversi Stati membri dell'Unione europea, mediante l'inclusione in tale contratto di un obbligo, che indirettamente potrebbe incidere sulla determinazione del prezzo dell'offerta presentata da tale operatore economico, non espressamente previsto nel contratto o nei documenti di gara ma desumibile da una disposizione di diritto nazionale che non è direttamente applicabile a tale contratto, ma che viene applicata per analogia».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

26. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte il 1º febbraio 2024.

27. Hanno presentato osservazioni scritte la Veolia, l'amministrazione aggiudicatrice, il governo polacco e la Commissione europea.

28. Non è stato ritenuto indispensabile lo svolgimento di un'udienza.

IV. Valutazione

A. Osservazioni preliminari

1. Direttiva applicabile

29. La Commissione esamina, innanzitutto, se la direttiva 2004/18 sia applicabile nella presente controversia o se, al contrario, lo sia la direttiva 2004/17 [8].

30. La direttiva 2004/17 disciplina, nello specifico, gli appalti o i concorsi attribuiti od organizzati dagli enti che forniscono acqua potabile tramite reti fisse di distribuzione, purché tali appalti riguardino, tra le altre attività, lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue (articolo 4, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/17).

31. Come sostiene la Commissione [9], di cui condivido la valutazione, tutto sembra indicare che la direttiva 2004/17 sia quella di cui occorre tenere conto, dal momento che:

– l'amministrazione aggiudicatrice fornisce acqua potabile agli abitanti dell'agglomerato di Varsavia e gestisce le reti fisse per la fornitura di acqua e i servizi igienico-sanitari in tale città;

– l'oggetto del contratto è l'espansione e la modernizzazione di un impianto di depurazione che include lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue, attività cui si riferisce espressamente l'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/17.

32. Spetta al giudice del rinvio, che dispone di tutte le informazioni relative al contratto e all'attività dell'amministrazione aggiudicatrice, verificare gli elementi di fatto in base a cui dovrà valutare quale delle due direttive entri in gioco.

33. In realtà, si tratta di una questione che riveste scarsa rilevanza pratica, poiché la regolamentazione dei principi per l'aggiudicazione degli appalti nella direttiva 2004/18 (articolo 2) e nella direttiva 2004/17 (articolo 10) è sostanzialmente identica.

34. In ogni caso, mi soffermerò sull'interpretazione della direttiva 2004/18, che è quella menzionata nella decisione di rinvio e su cui si sono concentrati gli intervenienti nel corso del rinvio pregiudiziale.

2. Direttiva 2004/18 ed esecuzione dell'appalto

35. Più difficile è stabilire se l'articolo 2 della direttiva 2004/18 si applichi a un inconveniente verificatosi nella fase di esecuzione dell'appalto, anni dopo il suo affidamento e la sua stipula.

36. La difficoltà nasce dal fatto che la direttiva 2004/18 era finalizzata a coordinare le *procedure di aggiudicazione* di taluni appalti pubblici. In particolare, il suo articolo 2 enunciava tre principi cui doveva essere assoggettata l'«aggiudicazione degli appalti».

[8] Ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2004/18, quest'ultima non si applica agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17.

[9] Punto 35 delle sue osservazioni scritte, con indicazione del sito web dell'amministrazione aggiudicatrice (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

37. La direttiva 2004/18 disciplinava ampiamente l'*aggiudicazione* e conteneva riferimenti isolati all'*esecuzione* degli appalti. Per contro, la successiva direttiva 2014/24/UE [10] dedica un capo specifico all'*esecuzione* degli appalti pubblici [11].

38. Occorre tuttavia relativizzare tale differenza di regimi: questioni che la direttiva 2014/24 raggruppa nel capo dedicato all'esecuzione degli appalti sono trattate nella direttiva 2004/18, con un impianto sistematico differente, nel titolo relativo al capitolato d'oneri e ai documenti dell'appalto.

39. Ciò si verifica, ad esempio, con le disposizioni che riguardano le condizioni di esecuzione dell'appalto (articolo 70 della direttiva 2014/24 e articolo 26 della direttiva 2004/18) o il subappalto (articolo 71 della direttiva 2014/24 e articolo 25 della direttiva 2004/18).

40. Per quanto concerne la modifica dei contratti durante il loro periodo di validità, benché la direttiva 2004/18 non preveda una disposizione dal contenuto equivalente all'articolo 72 della direttiva 2014/24, la Corte aveva già interpretato l'articolo 2 della direttiva 2004/18 nel senso che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non si può apportare una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione [12].

41. In questo contesto normativo, l'applicazione della direttiva 2004/18 al caso di specie potrebbe basarsi su tre presupposti: a) che, in realtà, si apporti una modifica contrattuale quando si interpreta il contenuto di una clausola del capitolato d'oneri deducendone obblighi che non derivano espressamente dagli accordi stipulati [13]; b) che il capitolato d'oneri o i documenti dell'appalto, includendo la carta di garanzia nelle modalità convenute, non fossero compatibili con i principi dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, già fin dalla fase dell'aggiudicazione; e c) che la carta di garanzia costituisse, di per sé, una condizione di esecuzione dell'appalto.

42. Di questi tre presupposti escludo quello secondo cui sarebbe stata apportata una *modifica* contrattuale, concordando al riguardo con il governo polacco. La tesi della modifica si scontra con il problema che la clausola controversa figurava nel contratto fin dall'inizio; inoltre quest'ultima è stata applicata effettivamente e pacificamente, quando la Veolia ha sostituito i rigeneratori difettosi, la prima volta in cui ciò le è stato richiesto.

43. Se la Veolia ha negato l'esistenza di un obbligo di garanzia che la vincolasse a sostituire i «secondi» rigeneratori, non l'ha fatto perché era stata introdotta una modifica, ma perché, a suo avviso, quell'obbligo contrattuale si era estinto per la scadenza del periodo convenuto.

[10] Direttiva 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).

[11] Capo IV del titolo II, articoli da 70 a 73, della direttiva 2014/24.

[12] Sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634), dispositivo. La modifica si era verificata nel corso della fase di esecuzione dell'appalto.

[13] Punto 29 delle osservazioni scritte del governo polacco.

44. Inquadrata la carta di garanzia dal punto di vista dell'*aggiudicazione dell'appalto*, non ravviso motivi per negare, in linea di principio, la sua validità né, tanto meno, quella dell'appalto non suo complesso. Ragioni di certezza del diritto e l'impianto sistematico della direttiva sui ricorsi [14] impedirebbero di riaprire il dibattito sulla legittimità di una decisione di aggiudicazione accettata e, all'epoca, non impugnata [15].

45. Infatti, dalla decisione di rinvio risulta che l'operatore economico non chiede che sia dichiarata l'invalidità dell'aggiudicazione per la presenza nel contratto di una clausola di garanzia che, se avesse avuto la portata temporale che ora le attribuisce l'amministrazione aggiudicatrice, l'avrebbe indotto a non presentare la sua offerta (o a proporre un prezzo più elevato). Ciò che richiede è, semplicemente, che si interpreti tale clausola nel senso di non comportare l'obbligo di sostituire un'altra volta i rigeneratori difettosi.

46. Laddove l'interpretazione auspicata dall'amministrazione aggiudicatrice per produrre effetti nella fase di esecuzione dell'appalto implicasse uno snaturamento delle clausole contrattuali stipulate (nel senso indicato dalla Corte nella sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta) [16], la discussione si estenderebbe, indirettamente, agli stessi termini che disciplinano l'aggiudicazione.

47. Si potrebbe, infine, considerare la carta di garanzia come una condizione particolare relativamente all'*esecuzione dell'appalto*, soggetta all'articolo 26 della direttiva 2004/18. Ai sensi di tale articolo, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero esigere tale condizione, purché sia compatibile con il diritto dell'Unione e sia precisata nel bando di gara o nel capitolato d'oneri [17].

48. Poiché la carta di garanzia incide sul rispetto degli obblighi contrattuali, una volta sottoscritto il contratto, non esisterebbe alcun ostacolo insormontabile per qualificarla, in definitiva, come condizione di esecuzione dell'appalto. Una volta accertato che sia stata stabilita nel bando di gara o nel capitolato d'oneri [18], si dovrebbe determinare se sia conforme al diritto dell'Unione, in particolare ai principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

49. La Corte permette di porre i principi dell'aggiudicazione degli appalti pubblici in relazione con la fase di esecuzione di un appalto [19]: «*durante tutta la procedura*, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità» [20].

[14] Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33).

[15] Rinvio alle mie conclusioni nella causa del 17 ottobre 2024 nella causa Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

[16] Sentenza del 29 aprile 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236), punto 120.

[17] Nelle mie conclusioni del 28 gennaio 2021, causa Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79), punto 79, ho affermato che «[l]a giurisprudenza ha esaminato tali condizioni particolari allorché sono imposte per "considerazioni sociali", concentrando in tal modo l'attenzione su alcune condizioni che rientrano nella formulazione aperta dell'ultima frase dell'articolo 26 della direttiva 2004/18. Nulla impedisce di estenderle ad altri settori, dato che il riferimento a «considerazioni sociali o ambientali» è effettuato a titolo meramente esemplificativo ("in particolare")».

[18] La lettura della decisione di rinvio lascia intendere che la clausola controversa figurasse nel bando di gara e che si metta in dubbio soltanto l'applicabilità dell'articolo 581, paragrafo 1, del codice civile, alla luce del fatto che, secondo la Veolia, né il contratto né il bando di gara contenevano «una clausola che prevedesse l'applicazione di tale norma alla garanzia concessa dagli operatori economici».

[19] Il collegamento tra l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 70 della direttiva 2014/24 si può osservare nella sentenza dell'8 luglio 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556), punto 63 e dispositivo, punto 2, nonché nella sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), punto 90.

[20] Sentenza del 26 settembre 2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787), punto 39. Il corsivo è mio. Si trattava di una causa riguardante il subappalto che, come ho già sottolineato e al pari delle condizioni di esecuzione, è disciplinato dalla direttiva 2014/24 nel capo dedicato all'esecuzione degli appalti.

50. Ribadito il riferimento alla parità di trattamento, alla non discriminazione e alla trasparenza in considerando successivi della direttiva 2014/24, è logico interpretare il suo articolo 18, paragrafo 1, in cui sono enunciati tali principi che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, nel senso che non si limitano alla fase della loro aggiudicazione.

51. È vero che tale giurisprudenza si è pronunciata in merito alle direttive sugli appalti pubblici del 2014, che qui sono inapplicabili *ratione temporis*. Orbene, non vedo difficoltà insormontabili per estenderla, fatte salve le differenze, agli appalti regolamentati dalla direttiva 2004/18, i cui principi di aggiudicazione in proposito (articolo 2) devono essere rispettati in tutte le fasi della durata del contratto.

52. In caso contrario si produrrebbe un effetto negativo, cui ha fatto riferimento la Corte nella sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta: «se l'autorità aggiudicatrice fosse autorizzata a modificare a suo piacimento, *nella fase di esecuzione dell'appalto*, le condizioni stesse dell'appalto, in mancanza di abilitazione espressa a questo fine prevista nelle disposizioni pertinenti applicabili, i termini che disciplinano l'aggiudicazione dell'appalto, quali stabiliti inizialmente, sarebbero snaturati» [21].

53. Di conseguenza, non ravviso ostacoli a che la Corte, nella presente causa, fornisca al giudice del rinvio l'interpretazione dell'articolo 2 della direttiva 2004/18.

B. Risposta alla questione pregiudiziale

54. Mi sembra opportuno riflettere, innanzitutto, sui termini del dibattito tra le parti riguardante la clausola di garanzia convenuta e la delimitazione del suo periodo di validità:

– nell'ambito dell'appalto si fissava un periodo di garanzia che decorreva dalla data di emissione del certificato di collaudo dei lavori e scadeva trentasei mesi dopo (ossia non oltre il 30 aprile 2015). La garanzia, dunque, era in vigore quando l'amministrazione aggiudicatrice ha segnalato i «primi guasti» alla Veolia, che ne ha preso atto senza riserve;

– per contro, quando l'amministrazione aggiudicatrice ha reso noti alla Veolia i «guasti successivi» (27 settembre 2018), il periodo suddetto di trentasei mesi era già scaduto. Si discute per stabilire se, nonostante tale scadenza, il periodo avesse iniziato a decorrere nuovamente dal momento della consegna, da parte della Veolia, dei rigeneratori sostitutivi (rispettivamente, il 22 febbraio 2016 per il rigeneratore della linea 2 e il 28 aprile 2016 per il rigeneratore della linea 1) per la riparazione dei primi guasti;

– secondo l'amministrazione aggiudicatrice, il rinnovo del periodo per altri trentasei mesi è dovuto all'applicazione delle norme generali del diritto polacco, cui faceva riferimento la carta di garanzia. In base alla sua clausola 6.1, alle questioni non disciplinate da tale carta si sarebbero applicate le disposizioni pertinenti di diritto polacco, tra cui il codice civile. Ai sensi dell'articolo 581, paragrafo 1, di tale codice, relativo al contratto di vendita, il periodo di garanzia decorre nuovamente dal momento della consegna del bene senza difetti o dalla restituzione del bene riparato;

[21] Sentenza del 29 aprile 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236), punto 120. Il corsivo è mio.

– la Veolia, invece, sostiene che il contratto, disciplinando la carta di garanzia, specificasse le clausole di garanzia in modo completo e preciso. Dal suo testo si evince che le parti del contratto non avevano intenzione di applicare il rinnovo della garanzia oltre il termine pattuito;

– la Veolia sostiene inoltre l'inapplicabilità dell'articolo 581, paragrafo 1, del codice civile, disposizione che si riferisce al contratto di compravendita. Né le parti nel contratto, né l'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara avevano inserito una clausola che prevedesse l'estensione di tale norma alla garanzia concessa. La sua applicazione per analogia sarebbe contraria ai principi di trasparenza, parità di trattamento e di concorrenza leale contenuti nella direttiva 2014/18, poiché equivale a un rinvio a condizioni che non emergono chiaramente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale in vigore, ma solo dall'interpretazione di quest'ultima.

55. Il giudice *a quo* enuncia, a motivazione del rinvio pregiudiziale, alcune ragioni relative al diritto nazionale (punti da 34 a 42 della decisione di rinvio) e altre relative al diritto dell'Unione (punti da 44 a 53 della medesima decisione).

56. Credo che questo impianto sistematico nell'esposizione possa aiutare a comprendere meglio la questione pregiudiziale. Prima di esaminare se una clausola contrattuale, o la sua interpretazione, sia conforme alla direttiva 2004/18, occorre chiarire qual è la *lettura* che ne dà il giudice del rinvio.

57. In linea di principio, spetta al giudice del rinvio, e non alla Corte, interpretare le clausole dei contratti su cui sorgono controversie tra le parti alla luce della loro formulazione, dell'intenzione delle parti contraenti e delle norme del diritto interno che disciplinano tali contratti.

58. Muovendo da tale premessa, il giudice del rinvio dovrà chiarire se, per quanto concerne il diritto interno, la carta di garanzia: a) contenesse una regolamentazione esaustiva del periodo in cui avrebbe prodotto effetti, ossia trentasei mesi dopo l'emissione del certificato di collaudo dei lavori, senza che ne fosse previsto il rinnovo; oppure b) comportasse, in forza della clausola 6.1, il rinnovo di detto periodo ove fossero applicabili le norme suppletive del diritto polacco, e in particolare quelle del codice civile.

59. Se il giudice del rinvio optasse per la prima di tali soluzioni, la controversia sarebbe risolta e, probabilmente, non avrebbe richiesto una pronuncia pregiudiziale della Corte.

60. Tutto sembra indicare, però, che il giudice del rinvio non escluda l'applicazione alla presente controversia delle disposizioni del codice civile (ossia la seconda delle opzioni che ho segnalato in precedenza).

61. Difatti, nella decisione di rinvio afferma che «alla garanzia concessa sul bene costituente l'oggetto del contratto di lavori edili, nella parte non disciplinata in via negoziale, debbano applicarsi per analogia le disposizioni del codice civile in materia di garanzia nella vendita» [22]. A suo parere, «il diritto polacco in materia di appalti pubblici (...) non osta all'applicazione per analogia di disposizioni di diritto nazionale alle quali non si fa espresso rinvio nelle clausole contrattuali, nei documenti di gara o nelle disposizioni normative che disciplinano il tipo di contratto al quale si riferisce la gara» [23].

[22] Decisione di rinvio, punto 39.

[23] Decisione di rinvio, punto 41.

62. Le riflessioni che esporrò di seguito devono assumere come premessa l'interpretazione adottata dal giudice del rinvio in merito al contratto oggetto della causa. Mi soffermerò sull'applicazione del principio di trasparenza, strettamente legato a quello della parità di trattamento.

63. Citando la Corte, «l'obbligo di trasparenza (...) costituisce un corollario del principio di uguaglianza, [che] ha essenzialmente lo scopo di garantire che qualsiasi operatore interessato possa decidere di partecipare a procedure di gara sulla base dell'insieme delle informazioni pertinenti, nonché quello di garantire l'esclusione di qualsiasi rischio di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice» [24].

64. L'obbligo di trasparenza presenta due aspetti essenziali:

– in primo luogo, esso «postula che l'amministrazione aggiudicatrice adotti un livello di pubblicità adeguato che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo dell'imparzialità della procedura di aggiudicazione» [25];

– in secondo luogo, «implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, in modo tale per cui (...) sia consentito a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle nella stessa maniera (...)» [26].

65. Quest'ultimo approccio è quello pertinente nel caso di specie. Come ho già esposto, il nucleo della controversia consiste nel determinare se, dati i termini in cui è stato formulato il contratto di appalto, la Veolia fosse in condizione di sapere cosa si fosse davvero impegnata a fare con la propria firma.

66. Il giudice del rinvio si sofferma, in particolare, sull'eventuale applicazione della sentenza Pizzo [27] al caso che deve affrontare, pur riconoscendo che quella causa riguardava l'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione, mentre quella di cui trattasi riguarda un inconveniente nella fase di esecuzione dell'appalto.

67. Nella decisione di rinvio, dopo aver riportato il punto 51 della sentenza Pizzo [28], il giudice del rinvio:

– ritiene che la dottrina della sentenza Pizzo debba «applicarsi in modo più ampio». In tal modo, risulterebbe «inammissibile desumere solo dall'interpretazione di una norma di legge nazionale gli obblighi (...) che non derivino direttamente dalla legge nazionale applicabile e dalla documentazione di gara» [29];

[24] Sentenza del 22 giugno 2017, Privacy International (C-49/16, EU:C:2017:491), punto 46.

[25] Sentenza del 4 aprile 2019, Privacy Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290), punto 61.

[26] *Ibidem*, punto 62.

[27] Sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404). In prosieguo: la «sentenza Pizzo».

[28] «[I]l principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti».

[29] Decisione di rinvio, punto 53.

– dubita che gli offerenti ragionevolmente informati e diligenti siano in grado di calcolare il prezzo che propongono nelle loro offerte, se la portata dei loro obblighi, per quanto riguarda la garanzia, è stabilita applicando per analogia talune disposizioni (ideate per un'altra categoria di contratti) la cui interpretazione si basa su una prassi delle autorità nazionale che, per di più, non è uniforme [30].

68. La causa Pizzo verteva sull'esclusione di un offerente poiché quest'ultimo non aveva soddisfatto una delle condizioni di ammissibilità alla procedura di aggiudicazione. La condizione determinante per l'esclusione non compariva espressamente nel bando di gara né nel capitolato d'oneri, ma si poteva dedurre da disposizioni nazionali di portata generale.

69. La Corte ha escluso che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza siano stati rispettati nella causa Pizzo. A suo parere, volendo esprimersi in termini molto sintetici, non risultava ammissibile un'interpretazione dei termini del capitolato d'oneri che i partecipanti alla procedura di aggiudicazione (soprattutto se si trattava di operatori stranieri) non potevano ragionevolmente prevedere.

70. La sentenza Pizzo ha senz'altro interpretato il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza nell'ambito di una procedura di aggiudicazione. Orbene, se si accettasse, come ho auspicato [31], che l'articolo 2 della direttiva 2004/18 si possa invocare, *mutatis mutandis*, anche in circostanze come quelle della presente controversia, nulla impedirebbe di estendere a quest'ultima quanto dichiarato dalla Corte in quella sentenza.

71. Ciò premesso, spetta al giudice del rinvio valutare fino a che punto fosse, o meno, ragionevolmente prevedibile per un operatore diligente un'interpretazione della carta di garanzia (compresa la clausola 6.1) che permettesse all'amministrazione aggiudicatrice di esigere il rinnovo del periodo convenuto.

72. Al fine di giungere a tale interpretazione è possibile seguire due approcci, a seconda che si tenga conto unicamente dei termini rigorosi e letterali della carta di garanzia, anziché delle condizioni soggettive dell'operatore e del contesto contrattuale e normativo o, al contrario, che si presti più attenzione a questi ultimi fattori.

73. A prescindere dall'impostazione adottata, la chiave è, a mio parere, la prevedibilità (ragionevole) della soluzione per cui si opta. Prevedibilità che, a sua volta, è legata alla conoscenza della legislazione nazionale e al grado di certezza del diritto che essa deve fornire agli operatori economici nell'ambito degli appalti pubblici.

74. A tal fine, come rileva correttamente il giudice del rinvio, la durata del periodo di garanzia è un fattore pertinente affinché gli operatori economici stabiliscano in modo adeguato i prezzi delle loro offerte. Tale periodo dovrebbe emergere chiaramente dai capitolati d'oneri e dagli altri documenti dell'appalto.

75. Potrebbe verificarsi, inoltre, una distorsione della concorrenza a danno degli operatori economici di altri Stati membri se questi ultimi, confidando nella redazione della clausola di garanzia, si trovassero, in ultima analisi, alle prese con un'interpretazione del suo contenuto che non potevano ragionevolmente prevedere.

[30] Decisione di rinvio, punto 53, *in fine*.

[31] Paragrafi da 35 a 53 delle presenti conclusioni.

76. Le condizioni contrattuali devono consentire, di per sé, a tutti gli interessati di comprenderne il contenuto e la portata; solo in tal modo si garantiscono la trasparenza e la certezza del diritto indispensabili.

77. Nelle mie conclusioni nella causa Pizzo ho affermato che «non sarebbe logico che le amministrazioni aggiudicatrici fossero tenute anche a specificare le condizioni il cui rispetto sia imposto da disposizioni normative di portata generale che un offerente "ragionevolmente informato e normalmente diligente" non possa ignorare» [32].

78. Ribadisco ora tale affermazione, da cui però non si può evincere la mia acquiescenza ad ammettere obblighi contrattuali la cui la prevedibilità non si deduca, ragionevolmente, dalla lettura del contratto medesimo, quand'anche integrata da quelle disposizioni normative di carattere generale incontestabilmente applicabili.

79. Pertanto, il giudice del rinvio dovrà valutare se, nella presente causa, risultasse ammissibile un'interpretazione della carta di garanzia che, spingendosi oltre il suo tenore letterale, dava adito all'applicazione in via suppletiva di norme del codice civile polacco relative al rinnovo dei periodi di garanzia nei contratti di compravendita.

80. Per contribuire a tale valutazione, la Corte potrebbe fornire al giudice del rinvio le indicazioni seguenti:

– se le parti del contratto stabiliscono espressamente un periodo specifico di garanzia, definendone la durata e le sue date iniziali e finali, senza contemplarne il rinnovo, questo sistema si potrebbe ritenere completo e chiuso in sé stesso. Non vi sarebbe la necessità, dunque, di ricorrere a norme generali del diritto interno, poiché la volontà contrattuale, della cui liceità non si dubiterebbe, sarebbe stata espressa chiaramente;

– il contenuto della clausola 6.1 si estende soltanto alle «questioni non disciplinate dalla presente carta di garanzia». Siccome ciò che riguarda il periodo di garanzia era una *questione disciplinata* in quella carta, la prevedibilità della clausola 6.1 sarebbe fuori discussione;

– ammettendo l'applicazione delle norme del codice civile (in via suppletiva, più che per analogia), l'interpretazione delle norme di cui all'articolo 581, paragrafo 1, si dovrebbe imporre in modo talmente evidente da non ammettere dubbi per un operatore diligente e ragionevolmente informato [33];

– dalla decisione di rinvio non sembra dedursi che un'interpretazione dell'articolo 581, paragrafo 1, del codice civile, tale da estendere le norme del contratto di compravendita ai

[32] Conclusioni del 21 gennaio 2016 (C-27/15, EU:C:2016:48), paragrafo 52. Devo ricordare che, nella causa Pizzo, i documenti della gara d'appalto non contenevano alcun riferimento alla condizione che determinava l'esclusione degli offerenti (il mancato pagamento di un contributo previsto dalla legge). Nel caso di specie, la carta di garanzia sottoscritta dalla Veolia è regolamentata dal contratto e, in merito alla parte non disciplinata, rinvia espressamente alle «disposizioni pertinenti di diritto polacco, in particolare il codice civile».

[33] Il governo polacco riconosce che l'interpretazione del contratto da cui si deduce un obbligo che esso non contempla espressamente, ma che deriva dalle disposizioni nazionali cui fa riferimento, sarebbe ammissibile nella misura in cui l'operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente non potrebbe ignorare tali disposizioni (punto 47 delle sue osservazioni scritte).

contratti per l'esecuzione di lavori, sia condivisa in modo unanime dalla dottrina né dai giudici nazionali in genere [34]. Sussistono anzi dubbi sull'ammissibilità giuridica di tale interpretazione;

– in assenza di un rimando esplicito alla garanzia esigibile per i contratti di compravendita (finalizzata, di norma, alla tutela dei consumatori), la logica intrinseca alla garanzia concessa nei contratti di lavori edili stipulati tra professionisti risulta diversa dal punto di vista economico [35];

– per individuare se, malgrado tutto, il consorzio di cui faceva parte la Veolia fosse in grado di conoscere ragionevolmente, fin da subito, l'interpretazione della carta di garanzia sostenuta in seguito dall'amministrazione aggiudicatrice, si potrebbe ricorrere a fattori quali lo stabilimento in Polonia della società capogruppo e di un altro membro del consorzio, o la loro esperienza nel campo dei lavori edili in cui rientra l'oggetto del contratto;

– nello stesso ordine di idee potrebbe essere rilevante il fatto che l'interpretazione che l'amministrazione aggiudicatrice fornisce del contenuto della carta di garanzia fosse sufficientemente nota nel settore, cosicché la Veolia o altri componenti del consorzio avrebbero potuto facilmente giungere alla suddetta interpretazione, previa consulenza, se del caso, sull'estensione temporale della garanzia alla luce delle norme del codice civile polacco.

81. In sintesi, ritengo che i principi enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18 non ostino, di norma, all'inserimento, in un contratto di appalto pubblico per l'esecuzione di lavori, di una clausola che faccia riferimento, per stabilire la portata temporale dell'obbligo di garanzia dell'operatore economico e per le questioni non disciplinate da tale clausola, alle norme del codice civile nazionale. Tali principi non sono compatibili, tuttavia, con un'interpretazione della suddetta clausola che, prorogando il periodo di garanzia oltre il termine pattuito dalle parti, risulti imprevedibile per un operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

V. Conclusione

82. Alla luce di quanto esposto, propongo alla Corte di rispondere al Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunale regionale di Varsavia, Polonia) nei seguenti termini:

«L'articolo 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,

[34] Punto 39 della decisione di rinvio: «(...) [l]'applicazione per analogia delle disposizioni in materia di garanzia nel contratto di vendita al contratto di lavori edili è controversa sia nella giurisprudenza degli organi giurisdizionali nazionali sia in dottrina». Il punto 36 della medesima decisione indica che «[i]l 25 dicembre 2014 è, invece, entrata in vigore una modifica all'articolo 638 c.c., che disciplina il contratto d'opera, introducendo il paragrafo 2, secondo il quale, se all'acquirente è stata concessa una garanzia sull'opera eseguita, si applicano per analogia le disposizioni sulla garanzia nella vendita, ma tale norma non è applicabile al caso di specie».

[35] La Veolia fa riferimento a tale questione nella nota a piè di pagina 3 delle sue osservazioni scritte, sottolineando che la riparazione o la sostituzione degli elementi di un impianto comporta alcuni costi e un rischio ben diversi da quelli inerenti alla vendita di beni di consumo (la cui produzione è caratterizzata da un costo marginale minimo). Non è possibile, di conseguenza, equiparare la garanzia concessa in alcuni contratti a quella concessa in altri.

dev'essere interpretato nel senso che:

non osta all'inserimento, in un contratto di appalto pubblico per l'esecuzione di lavori, di una clausola che faccia riferimento, per stabilire la portata temporale dell'obbligo di garanzia dell'operatore economico e per le questioni non disciplinate da tale clausola, alle norme del codice civile nazionale.

I principi di parità di trattamento e trasparenza enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18 non sono compatibili, tuttavia, con un'interpretazione della suddetta clausola che, prorogando il periodo di garanzia oltre il termine pattuito dalle parti, risulti imprevedibile per un operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».