Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 26 settembre 2024 [1]

Causa C-578/23

Česká republika – Generální finanční ředitelství
contro
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa, Repubblica ceca)]

«Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Articolo 31 — Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara — Condizioni — Tutela di diritti esclusivi — Situazione di esclusività imputabile all'amministrazione aggiudicatrice — Contratto precedente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea — Momento in cui devono essere valutate le circostanze di fatto e di diritto del contratto»

1. Nel 1992, il Ministero delle Finanze della Repubblica ceca [2], ha aggiudicato con affidamento diretto a una determinata società [3] un contratto per l'implementazione di un sistema informativo per l'amministrazione fiscale chiamato ADIS. Titolare dei diritti d'autore sul codice sorgente del programma era IBM, per cui l'utilizzo e l'aggiornamento del sistema informatico dipendevano dalla sua partecipazione.

2. Nel 2016, l'organismo responsabile dell'amministrazione fiscale nella Repubblica ceca ha deciso di stipulare un contratto di servizi post-garanzia di base per l'applicazione ADIS, che ha affidato sempre a IBM mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

3. La sottoscrizione di questo nuovo contratto ha generato una controversia fra due autorità della Repubblica ceca: l'ente responsabile dell'amministrazione fiscale, da un lato, e l'ente di vigilanza sulla regolarità degli appalti pubblici, dall'altro. Secondo quest'ultimo, l'aggiudicazione diretta del contratto è illegale.

[1] Lingua originale: lo spagnolo.

[2] La separazione della Repubblica ceca e della Repubblica slovacca è avvenuta il 1º gennaio 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Nel 1992, tale società era il socio unico della società IBM Česká republika, spol. s r. o. Di seguito mi riferirò ad essa indistintamente come «IBM» o «il fornitore».

4. Il giudice chiamato a risolvere in ultima istanza tale controversia dubita che il nuovo contratto rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18/CE[4] sulla cui interpretazione interroga la Corte di giustizia. Desidera sapere se, per valutare una delle condizioni per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, deve tener conto delle circostanze di fatto e di diritto esistenti al momento del contratto originario (1992) o del nuovo contratto (2016).

5. Come sfondo della controversia si pone il problema, di portata generale, del *lock-in* delle amministrazioni pubbliche che dipendono da un fornitore per utilizzare le tecnologie dell'informazione. Nel 2013 la Commissione ha pubblicato una comunicazione[5] in cui ha sottolineato le difficoltà di dette amministrazioni nel cambiare fornitore.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2004/18

6. L'articolo 28 («Ricorso a procedure aperte, ristrette e negoziate e al dialogo competitivo») così stabilisce:

«Per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva.

Esse aggiudicano tali appalti pubblici mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste all'articolo 29 le amministrazioni aggiudicatrici poss[o]no aggiudicare gli appalti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previsti agli articoli 30 e 31, esse possono ricorrere a una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara».

7. Ai sensi dell'articolo 31 («Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara»):

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle fattispecie seguenti:

1) per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi:

   (…)

   b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

[4] 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).

[5] Comunicazione della Commissione del 25 giugno 2013, contro il lock-in: costruire sistemi TIC [tecnologie dell'informazione e della comunicazione] aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici [COM (2013) 455 final] (in prosieguo; la «comunicazione del 2013»)

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;

(…)».

B. Diritto ceco. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. Ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2, l'amministrazione aggiudicatrice può aggiudicare un appalto pubblico mediante una procedura aperta o ristretta e, a determinate condizioni, anche mediante procedura negoziata con previa pubblicazione di un bando di gara o procedura negoziata senza pubblicazione di tale bando.

9. Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice può affidare un appalto pubblico mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara anche quando l'appalto pubblico, per motivi tecnici o artistici, di tutela di diritti esclusivi o derivanti da normativa speciale, può essere eseguito unicamente da un determinato contraente.

II. Fatti, procedimento e questione pregiudiziale

10. Il 29 giugno 1992, il Ministero delle Finanze della Repubblica ceca ha concluso con la IBM un contratto relativo all'integrazione del sistema informativo ADIS per l'amministrazione fiscale.

11. A partire dal 2013, le funzioni del Ministero delle Finanze in materia di amministrazione fiscale sono state assunte, alle dipendenze di quest'ultimo, dalla Česká republika — Generální finanční ředitelství (Direzione generale delle finanze, Repubblica ceca; in prosieguo: la «DGF»)

12. Il 1º marzo 2016, la DGF ha avviato una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, per affidare un nuovo appalto denominato «Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016», il cui oggetto era quello di fornire un servizio post-garanzia di base per l'applicazione ADIS [7].

13. La DGF ha utilizzato questa tipologia contrattuale per motivi tecnici e di tutela di diritti di proprietà intellettuale del fornitore sul codice sorgente dell'ADIS [8].

14. Il 20 maggio 2016 la DGF ha aggiudicato il nuovo contratto alla IBM.

[6] Legge n. 137/2006 sugli appalti pubblici (in prosieguo: la «legge n. 137/2006»), nella versione applicabile ai fatti.

[7] Sebbene spetti al giudice del rinvio verificarlo, sembrerebbe che il nuovo contratto includesse la manutenzione e l'eventuale riparazione dell'ADIS. Il prezzo dell'appalto era di 33 294 389 corone ceche (CZK), esclusa l'imposta sul valore aggiunto (IVA).

[8] Secondo le dichiarazioni della DGF nell'ordinanza di rinvio (punto 2), senza un collegamento con il nucleo e gli altri moduli non è possibile il funzionamento autonomo dei moduli, né la loro gestione né il loro sviluppo; i moduli non possono essere separati; l'oggetto dell'appalto incide sui moduli esistenti. Poiché la prestazione era il servizio di base dell'ADIS, concepito e sviluppato dal fornitore, proprietario dei diritti di licenza, i requisiti di continuità tecnica rendevano necessario che quest'ultimo si occupasse della manutenzione e dello sviluppo del servizio.

15. Il 9 ottobre 2017 l'Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Autorità garante della concorrenza, Repubblica ceca; in prosieguo: l'«Úřad») ha dichiarato che, ricorrendo alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, la DGF aveva violato l'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge n. 137/2006.

16. Secondo l'Úřad, la DGF non aveva dimostrato che, per motivi tecnici, il nuovo appalto poteva essere eseguito solo dalla IBM. Inoltre, l'esigenza di tutelare i diritti esclusivi di detto fornitore era una conseguenza del precedente comportamento del Ministero delle Finanze.

17. La DGF ha proposto ricorso avverso la decisione del 9 ottobre 2017 dinanzi al presidente dell'Úřad, che lo ha respinto [9].

18. La DGF ha proposto ricorso avverso la decisione del presidente dell'Úřad dinanzi al Krajský soud v Brně (Corte regionale di Brno, Repubblica ceca) che ha respinto il ricorso in quanto non erano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge n. 137/2006 poiché:

– alla data di aggiudicazione del contratto iniziale era prevedibile la necessità di un servizio di manutenzione continua dell'ADIS, un sistema concepito a lungo termine per un settore (la fiscalità) soggetto a continui cambiamenti;

– poco importa che, al momento della conclusione del contratto iniziale, nessuna normativa prevedesse l'obbligo di selezionare il fornitore attraverso una procedura di gara, né in quale misura dovessero essere disciplinati i diritti d'autore sull'ADIS. Le condizioni per l'aggiudicazione dei successivi appalti devono essere valutate alla luce della legislazione in vigore quando tale aggiudicazione ha luogo;

– non è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice iniziale abbia agito con l'intenzione di eludere successivamente la legge n. 137/2006.

– anche se la DGF riuscisse a dimostrare che non esiste un operatore diverso dalla IBM in grado di eseguire il contratto, ciò non cambierebbe il fatto che la situazione di esclusività dipenda dalla condotta del Ministero delle Finanze. Pertanto, la prova della conformità alla condizione formale (vale a dire, i motivi tecnici e di tutela di diritto d'autore del fornitore) sarebbe inutile in assenza del rispetto della condizione sostanziale (che non sia stata la stessa amministrazione aggiudicatrice a causare la situazione di esclusività).

19. La DGF ha adito il Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa, Repubblica ceca) con un ricorso per cassazione avverso tale sentenza, facendo valere, in sostanza, che:

– al momento della conclusione del contratto iniziale, il fornitore era l'unico in grado di fornire le prestazioni necessarie (fornitura di server dotati di un proprio sistema operativo e garanzia di assistenza e monitoraggio a distanza). Per motivi tecnici, non era possibile trovarne un altro;

– il Ministero delle Finanze non poteva ragionevolmente prevedere che in futuro sarebbero stati necessari ulteriori attività per la prosecuzione del funzionamento dell'ADIS;

[9] Il ricorso è stato respinto in quanto il Ministero delle Finanze, predecessore della DGF, era responsabile della situazione di esclusività (intesa come necessità che il contratto fosse eseguito esclusivamente dal fornitore), in quanto aveva consentito al fornitore di mantenere la proprietà dei diritti d'autore.

– nel contratto iniziale i diritti d'autore sono stati definiti in modo adeguato. Non era possibile ottenere una cessione completa di tali diritti su ADIS, poiché una parte dei componenti era utilizzata commercialmente dal fornitore e dai suoi partner a livello mondiale. La normativa in vigore è stata dunque rispettata. Se il Ministero delle Finanze non poteva sapere quali future disposizioni legislative avrebbe violato con i suoi atti, il principio della certezza del diritto impedisce di ritenere che sia stato commesso un illecito trasferibile alla DGF;

– il Ministero delle Finanze non poteva neppure sapere, quando ha concluso il contratto iniziale, come si sarebbe evoluto il sistema fiscale. Non sapeva, di conseguenza, se sarebbe stato necessario intervenire sull'ADIS e se avrebbe continuato ad utilizzarlo. Non aveva alcun motivo di disciplinare i diritti d'autore al fine di essere totalmente indipendente dal fornitore;

– avviare oggi una procedura di aggiudicazione per la fornitura di un nuovo sistema informativo esporrebbe la DGF a uno spreco dei fondi investiti nell'ADIS e a una gestione poco efficiente e irrazionale;

– nel 2015 la DGF ha cercato di liberarsi dalla sua dipendenza dal fornitore mediante l'acquisizione dei diritti d'autore sull'ADIS. Il fornitore si è rifiutato di cederli, sia in quel momento, sia nei tre anni successivi, per cui la DGF non ha avuto altra scelta che procedere con una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. In caso contrario, l'ADIS sarebbe stato inutilizzabile e l'amministrazione fiscale non avrebbe potuto svolgere la propria funzione;

– in sintesi, prima di avviare la procedura di aggiudicazione del nuovo contratto, la DGF avrebbe adottato tutte le misure necessarie per seguire debitamente la procedura di cui all'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge n. 137/2006, circostanza confermata da varie perizie, tecniche e legali.

20. Nella sua opposizione al ricorso, l'Úřad ha affermato che:

– la DGF, sulla base dell'esclusività del contratto iniziale del 1992, aveva sviluppato l'ADIS mediante procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, almeno fino alla fine del 2019;

– la perizia non dimostra che l'operatore selezionato fosse l'unico fornitore possibile del sistema per ragioni tecniche. Non è stata dimostrata alcuna situazione di esclusività che si spiegherebbe con la tutela dei diritti d'autore;

– l'oggetto della prestazione era quello di implementare un sistema di amministrazione fiscale in tre fasi, di cui il contratto iniziale riguardava solo la prima. La DGF sapeva che il contratto iniziale sarebbe stato seguito da altri;

– la descrizione e l'oggetto dell'ADIS indicano che si tratta di un sistema solido, destinato ad essere funzionale a lungo termine. Era pertanto evidente che sarebbe stata necessaria almeno un'assistenza tecnica;

– né il Ministero delle Finanze né, successivamente, la DGF hanno reagito all'evoluzione della normativa, ma hanno adottato un'interpretazione del contratto e della legge n. 137/2006 che consentiva di mantenere il sistema senza indire una gara d'appalto.

21. Il giudice del rinvio dubita che sia soddisfatta una delle condizioni che definisce *sostanziali* (vale a dire, che la situazione di esclusività non sia stata causata dall'amministrazione aggiudicatrice stessa) per ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Desidera sapere se, a tal fine, debba valutare le circostanze di fatto e di diritto esistenti al momento della conclusione del contratto iniziale.

22. In questo contesto, il Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa) ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se, per valutare se la condizione sostanziale per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione sia soddisfatta, ossia se il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice abbia o meno dato origine alla situazione di esclusività ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della [direttiva 2004/18], si debba tenere conto delle circostanze di fatto e di diritto in cui è stato concluso il contratto relativo alla prestazione originaria, su cui si basano i successivi appalti pubblici»

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

23. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte il 19 settembre 2023.

24. Hanno presentato osservazioni scritte i governi ceco e slovacco, nonché la Commissione europea.

25. La Corte di giustizia non ha ritenuto necessario tenere un'udienza.

IV. Valutazione

26. La controversia sottoposta al giudice del rinvio deriva da un contratto per la fornitura di servizi informatici che, senza una procedura di gara, è stato concluso nel 1992, prima dell'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea, quando tale modo di procedere era legittimo ai sensi del diritto nazionale.

27. In quel contratto iniziale sono stati conferiti al fornitore diritti che lo collocavano in una posizione di esclusività per quanto riguarda lo sviluppo e la manutenzione del sistema informatico implementato.

28. Secondo la DGF, successivamente all'adesione della Repubblica ceca all'Unione, i diritti d'autore esclusivi del fornitore giustificavano che, nel 2016, per concludere un nuovo contratto [10] di servizio post-garanzia di base del sistema informatico, si ricorresse alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, prevista all'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18.

[10] Non si trattava pertanto di una semplice proroga o modifica del contratto iniziale.

A. Direttiva applicabile

29. Il giudice del rinvio chiede l'interpretazione della direttiva 2004/18, e non della direttiva 2014/24/UE [11], che la abroga.

30. In linea di principio, è pertinente l'applicazione della direttiva in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie la procedura da seguire [12].

31. L'ordinanza di rinvio afferma che la DGF ha avviato la procedura di aggiudicazione del nuovo contratto il 1º marzo 2016. La data è quindi precedente alla scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/24, che il suo articolo 90, paragrafo 1, fissa al 18 aprile 2016.

32. Se così fosse, sarebbe applicabile *ratione temporis* la direttiva 2004/18. Questa circostanza, tuttavia, non impedisce di prendere in considerazione il regime della direttiva 2014/24, quale elemento di contrasto o di conferma, per interpretare le norme della direttiva 2004/18.

B. Articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18 e situazione di esclusività causata dall'amministrazione aggiudicatrice

33. Conformemente all'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18, devono essere soddisfatti due requisiti cumulativi per ricorrere alla procedura diretta da esso disciplinata: a) ragioni di natura tecnica o artistica o qualsiasi altra ragione attinente alla tutela di diritti esclusivi; e b) che tali ragioni rendano assolutamente necessaria l'aggiudicazione dell'appalto a una determinata impresa.

34. Una formulazione simile a quella di questo articolo era già contenuta in altre direttive sugli appalti che hanno preceduto la direttiva 2004/18 [13]. La Corte di giustizia le aveva interpretate quando si era pronunciata sui ricorsi per inadempimento presentati dalla Commissione contro singoli atti degli Stati membri relativi a contratti soggetti alla direttiva 71/305 [14] o alla direttiva 93/37 [15], che erano stati conclusi con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

35. La giurisprudenza che interpreta queste due direttive e quelle successive ha costantemente insistito sul fatto che le disposizioni relative alle procedure negoziate senza pubblicazione previa devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava sull'amministrazione aggiudicatrice [16].

[11] 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).

[12] Sentenza del 14 gennaio 2021, RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13), punto 23.

[13] Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU 1971, L 185, pag. 5) e direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU 1993, L 199, pag. 54).

[14] Sentenza del 18 maggio 1995, Commissione/Italia (C-57/94, EU:C:1995:150), punto 23.

[15] Sentenza del 14 settembre 2004, Commissione/Italia (C-385/02, EU:C:2004:522), punti 19 e 20.

[16] V., per tutte, sentenza del 14 settembre 2004, Commissione/Italia (C-385/02, EU:C:2004:522), punto 19: «Le disposizioni dell'art. 7, n. 3, della direttiva [93/37], che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di lavori, devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene». Come esempi di questa stessa interpretazione cita le sentenze del 18 maggio 1995, Commissione/Italia (C-57/94, EU:C:1995:150), punto 23; e del 28 marzo 1996, Commissione/Germania (C-318/94, EU:C:1996:149), punto 13.

36. Il giudice del rinvio distingue tra le «condizioni formali» e le «condizioni sostanziali» richieste per ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. A suo avviso:

– le condizioni formali esigono che sussista un motivo attinente alla tutela di diritti esclusivi e che, per tale motivo, l'appalto possa essere affidato solo a un determinato operatore economico;

– le condizioni sostanziali imporrebbero che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia potuto prevedere tali motivi formali né che la loro sussistenza le sia imputabile.

37. In realtà, quelle che il giudice del rinvio qualifica come *condizioni formali* sono le condizioni corrispondenti al contenuto letterale dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18. Quelle che qualifica come *condizioni sostanziali* vanno oltre, poiché fanno riferimento a condizioni non espressamente contenute in tale disposizione.

38. La discussione ha riguardato la *condizione sostanziale* relativa al fatto che la situazione di esclusività non sia stata causata dall'amministrazione aggiudicatrice. Le posizioni espresse dagli intervenienti nel procedimento pregiudiziale sono differenziate:

– secondo il governo ceco, la deroga ammessa dall'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18 si applica soltanto al soddisfacimento delle condizioni oggettive ivi menzionate [17];

– per la Commissione e il governo slovacco, tale deroga richiede anche che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia causato la situazione di esclusività.

39. Se la controversia dovesse essere risolta in base al regime della direttiva 2014/24, l'argomentazione della Commissione e del governo slovacco prevarrebbe senza dubbio. Sia il cinquantesimo considerando di tale direttiva, sia l'articolo 32, paragrafo 2, lettera b), prevedono che l'esclusività non sia stata creata dall'amministrazione aggiudicatrice:

– il cinquantesimo considerando della direttiva 2014/24 afferma che «(…) solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto. (…)» [18];

– l'articolo 32, paragrafo 2, lettera b), punto iii), della direttiva 2014/24 stabilisce che la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico a causa della tutela di «diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale». Ma la suddetta eccezione si applica solo «quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto».

[17] Ciò è quanto espone nel primo dei sei gruppi di argomenti che compongono la sua memoria di osservazioni dinanzi alla Corte di giustizia.

[18] Questa affermazione è preceduta dalle seguenti considerazioni: «Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. (…) L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi (…)».

40. La direttiva 2004/18, invece, all'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), non fa esplicito riferimento all'impatto che potrebbe avere l'imputazione dell'esclusività all'amministrazione aggiudicatrice [19]. Tale silenzio, tuttavia, non significa che l'amministrazione aggiudicatrice sia libera di creare essa stessa la situazione di esclusività.

41. Infatti, come sottolinea giustamente il giudice del rinvio, la direttiva 2014/24 ha, su questo punto, semplicemente reso esplicita una regola che esisteva, implicitamente, nelle direttive precedenti in materia [20]. Pertanto, a suo avviso, «(…) il diritto dell'Unione esige che il motivo per cui un appalto pubblico deve essere affidato unicamente a un determinato operatore economico, nell'ambito di una procedura negoziata senza pubblicazione ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18, *non sia imputabile all'amministrazione aggiudicatrice*. (…)» [21].

42. Adotterò come postulato lo stesso da cui muove il giudice del rinvio in merito all'intervento dell'amministrazione aggiudicatrice nelle circostanze che determinano la situazione di esclusività. Sono varie le ragioni che, a mio avviso, depongono in tal senso.

43. Innanzitutto, come premessa, l'obiettivo generale delle norme dell'Unione sugli appalti pubblici consiste «nell'assicurare la libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri» [22]. Il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione è proprio il comportamento di un'amministrazione aggiudicatrice che pregiudica nel modo più grave l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

44. In secondo luogo, è contrario a tale obiettivo che le amministrazioni aggiudicatrici creino esse stesse le circostanze che invocheranno per utilizzare procedure di selezione dei contraenti alle quali i concorrenti non possono partecipare.

45. In terzo luogo, come ho già affermato, le circostanze eccezionali che autorizzano le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara devono essere interpretate restrittivamente, sulla base di criteri restrittivi [23].

46. In quarto luogo, ammettere che l'amministrazione aggiudicatrice possa approfittare di una situazione di esclusività da essa stessa favorita invertirebbe la logica dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18. Secondo questa logica, le circostanze che giustificano l'impossibilità di ricorrere alla procedura ordinaria (con pubblicazione) sono quelle esterne all'amministrazione aggiudicatrice, non quelle causate da essa.

47. In definitiva, la massima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* vieta a una parte di trarre vantaggi dal suo comportamento illecito [24].

[19] L'omissione contrasta con l'articolo 31, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2004/18: la procedura negoziata senza previa pubblicazione è autorizzata in caso di estrema urgenza, a condizione che le circostanze invocate per giustificarla non siano in alcun caso «*imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*».

[20] Punto 22 dell'ordinanza di rinvio.

[21] Punto 23 dell'ordinanza di rinvio (il corsivo è mio). Il giudice del rinvio ritiene che «l'interpretazione del diritto dell'Unione, a tal riguardo, costituisca un acte clair», affermazione che ritengo esagerata.

[22] Sentenza del 7 dicembre 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 e C-443/22, EU:C:2023:970), punto 61.

[23] Sentenza dell'11 settembre 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), punto 49: «(…) si può fare ricorso alla procedura negoziata soltanto nelle circostanze tassativamente indicate agli articoli 30 e 31 della direttiva 2004/18 e (…) detta procedura ha, rispetto alla procedura aperta e ristretta, natura eccezionale».

[24] La Corte di giustizia è sensibile all'attribuzione di conseguenze svantaggiose all'inadempimento proprio dell'interessato. V. sentenza del 15 giugno 2023, Bank M. (Conseguenze dell'annullamento del contratto) (C-520/21, EU:C:2023:478), punto 81.

C. Valutazione dell'esclusività in relazione alla controversia

1. Contratto iniziale (1992)

48. Secondo l'argomentazione della DGF esposta nell'ordinanza di rinvio, al momento della conclusione del contratto iniziale (1992) non esisteva una normativa nazionale che disciplinasse i diritti d'autore e l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Il futuro regime giuridico applicabile in questa materia e l'evoluzione della giurisprudenza nazionale non potevano quindi essere previsti. Non era nemmeno prevedibile «che la definizione delle condizioni di licenza per l'ADIS avrebbe successivamente dato luogo a una situazione discutibile (…)» [25].

49. Il giudice del rinvio condivide, nella sostanza e con alcune sfumature, questo punto di vista. Ammette che, nel 1992, non esisteva alcuna normativa nazionale in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici [26], il che consentiva al Ministero delle Finanze di concludere il contratto ADIS nei termini all'epoca convenuti. Aggiunge che l'amministrazione aggiudicatrice poteva anche «legittimamente supporre che la continuazione del contratto iniziale potesse essere attribuita allo stesso fornitore, senza la necessità di offrire anche ad altri la possibilità di fare offerte per la fornitura del servizio richiesto» [27].

50. Da parte mia, non ho nulla da obiettare a queste affermazioni, che si riferiscono a un momento storico in cui il diritto dell'Unione, di cui la Repubblica ceca non faceva ancora parte, semplicemente non entrava in gioco. Spetta al giudice del rinvio definire i fatti e il quadro giuridico esistenti all'epoca della conclusione del contratto iniziale.

51. In tali circostanze è irrilevante se l'esclusività sulla base della quale è stato firmato il contratto iniziale nel 1992 sia stata causata o meno dall'amministrazione aggiudicatrice.

2. Nuovo contratto (2016)

52. La prospettiva cambia se si tiene presente che il rapporto contrattuale tra le autorità fiscali ceche [28] e il fornitore è durato molti anni (dal 1992 al 2016, ai fini del presente caso).

53. Durante questo periodo, il quadro giuridico è cambiato, soprattutto dopo l'adesione della Repubblica ceca all'Unione nel 2004. Il rispetto delle direttive sugli appalti pubblici è diventato obbligatorio a partire dall'adesione, «conformemente al principio dell'applicazione immediata e integrale delle disposizioni del diritto dell'Unione ai nuovi Stati membri» [29].

[25] Punto 17 dell'ordinanza di rinvio.

[26] Il giudice del rinvio descrive l'evoluzione giuridica nazionale, tradottasi nell'adozione di due leggi sul diritto d'autore (legge applicabile ai programmi informatici) nel 1965 e sugli appalti pubblici nel 1994.

[27] Punto 29 dell'ordinanza di rinvio.

[28] Presumo che la successione degli enti contraenti (Ministero delle Finanze nel 1992 e DGF nel 2016) sia puramente formale: entrambi fanno parte della stessa struttura amministrativa e la seconda dipende dal primo. La DGF si surroga nella posizione giuridica già detenuta dal Ministero delle Finanze.

[29] Sentenza del 6 dicembre 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940), punto 37.

54. Il giudice del rinvio sottolinea l'importanza del nuovo quadro e la modifica dei compiti dell'amministrazione aggiudicatrice: rileva che, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto del 2016 da parte della DGF, erano in vigore la legge n. 137/2006 e la direttiva 2004/18. Di conseguenza, la DGF era tenuta a garantire che i suoi provvedimenti non creassero situazioni di esclusività che legittimassero il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione.

55. Sulla base di questa constatazione, e dopo aver esaminato i due argomenti in questione, il giudice dichiara, al punto 32 dell'ordinanza di rinvio, quanto segue:

– «[La DGF] (o eventualmente il suo predecessore in diritto) avrebbe potuto, dal 1992 al 2016, negoziare nuove condizioni contrattuali dei diritti patrimoniali della proprietà intellettuale in modo da poter aggiudicare gli appalti pubblici relativi all'ADIS in una delle forme più aperte di gare d'appalto, oppure avviare una gara per un nuovo sistema informativo anche a prezzo di un aumento temporaneo dei costi, che avrebbe però potuto favorire risparmi a lungo termine.

– Di conseguenza, non può essere invocata la situazione al momento della conclusione del contratto originario qualora la situazione di esclusività sia perdurata anche dopo l'adozione della normativa pertinente in materia di aggiudicazione di appalti pubblici nella Repubblica ceca. Infatti, per determinare se sia possibile ricorrere a una procedura negoziata senza previa pubblicazione, occorre tener conto del momento in cui è stata adottata la decisione di aggiudicare l'appalto in tale forma (...)» [30].

56. Relativamente alla valutazione dei fatti decisivi per la controversia e della situazione giuridica nazionale, la Corte non ha motivo di mettere in discussione le conclusioni del giudice del rinvio. E per quanto riguarda quelle indicate nella parte finale del punto 32 dell'ordinanza di rinvio, che ho appena trascritto, ritengo che esse contengano una corretta interpretazione della direttiva 2004/18.

57. La risposta alla questione pregiudiziale che si trae da quanto precede è che, ai fini del presente caso, è irrilevante che il contratto originario sia stato stipulato prima dell'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea. Per contro, gli atti dell'amministrazione aggiudicatrice compiuti tra il 2004 e il 2016 sono decisivi. Di questi atti, logicamente, quello fondamentale è la conclusione del nuovo contratto nel 2016.

58. Il governo ceco cerca tuttavia di escludere la sua responsabilità nella creazione della dipendenza esclusiva, fondandosi sul fatto che la valutazione deve riguardare il momento della firma del contratto iniziale. Se in quel momento non esistevano obiezioni sulla liceità della sua condotta, non esisterebbe nemmeno un fondamento per imputare l'intenzionalità all'amministrazione aggiudicatrice.

59. Non condivido questo approccio:

– come ho già detto, l'obbligo dello Stato membro di conformarsi al diritto dell'Unione deriva dalla sua adesione all'Unione. Da quel momento in poi l'amministrazione aggiudicatrice, in quanto organismo statale, si è assunta l'obbligo di garantire il rispetto delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici, compresa la direttiva 2004/18. In tale contesto, non è rilevante se

[30] Il giudice del rinvio cita, a sostegno di questa affermazione, la sentenza del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), punto 37.

l'inosservanza da parte delle autorità fiscali dello Stato derivi da un comportamento attivo o omissivo [31];

– per valutare il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice non è necessaria *un'intenzione diretta* di creare una situazione di esclusività [32]. È sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice – non ottemperando al momento della firma del nuovo contratto al suo dovere di disattivare l'esclusività esistente (e creata da essa stessa, o dal suo predecessore in diritto) – renda il nuovo contratto, così come il contratto iniziale, chiuso alla concorrenza.

60. Da un altro punto di vista, il governo ceco, pur riconoscendo che in situazioni come quella in esame deve prendere decisioni che gli consentano di liberarsi dalla dipendenza da un fornitore specifico, suggerisce che sia accettata una *soluzione ragionevole* che sia la più economica e che garantisca il funzionamento stabile dei sistemi informativi essenziali dell'amministrazione nazionale. A suo avviso, tali fattori legittimerebbero, in questo caso, il ricorso alla procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara [33].

61. Non sono d'accordo nemmeno con questa argomentazione, sebbene comprenda i problemi che l'amministrazione aggiudicatrice stava di fatto affrontando nel 2016. Le autorità fiscali, come le altre autorità statali, non possono far valere difficoltà pratiche, amministrative o economiche [34] per giustificare l'inosservanza degli obblighi stabiliti da una direttiva, in quanto è compito degli Stati membri superarle adottando le misure adeguate [35].

62. Un'altra linea di difesa avanzata dal Governo ceco a sostegno dell'azione dell'amministrazione aggiudicatrice è che essa ha cercato di liberarsi dalla situazione di dipendenza dal fornitore acquisendo i diritti d'autore, cosa che non è riuscita a fare a causa dell'opposizione del fornitore [36].

63. Tale argomentazione non può essere accolta se si osserva che l'amministrazione aggiudicatrice ha avuto, a partire dal 2004, tempo sufficiente (fino al 2016) per superare il rifiuto di IBM. Di fronte alla situazione di esclusività, che si trascinava da decenni, avrebbe dovuto prendere iniziative che l'avrebbero portata a svincolarsi dalla sua dipendenza dal fornitore, cercando offerte da altri operatori, cosa che non sembra aver fatto. Ciò è quanto afferma il giudice del rinvio [37], affermazione con la quale concordo ancora una volta.

[31] Nelle sue osservazioni scritte, il governo ceco fa ripetutamente riferimento alle *azioni positive* dell'autorità contraente (condotta, atti, situazione creata, esclusività causata, definizione delle condizioni del nuovo contratto rispetto a quello iniziale). Per contro, non fa riferimento alla sua *inerzia* nel concludere i nuovi contratti in conformità con il diritto dell'Unione.

[32] Il governo ceco insiste ripetutamente sul fatto che il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice in relazione alla situazione di esclusività debba essere *intenzionale* (punti 11, 12, 14, 15, 16, 17 e 18 delle sue osservazioni scritte).

[33] Punto 30 delle osservazioni scritte del governo ceco.

[34] Gli ostacoli invocati dal governo ceco sono prevalentemente di natura economica (punti 26 e 27 delle sue osservazioni scritte). Il giudice del rinvio sostiene, al contrario, che l'eventuale aumento immediato dei costi sarebbe compensato da risparmi a lungo termine derivanti dall'introduzione della concorrenza tra offerenti. Nella comunicazione del 2013, la Commissione fa riferimento agli svantaggi di affidarsi a un unico fornitore di soluzioni informatiche. Sottolinea che tale esclusività, oltre a causare altri problemi (vi è il rischio che il venditore cessi di fornire supporto al sistema o ad alcuni suoi elementi), può influire sull'innovazione e portare a prezzi eccessivi, che non sono soggetti alla pressione concorrenziale di altri operatori del settore.

[35] Sentenza del 18 ottobre 2012, Commissione/Regno Unito (C-301/10, EU:C:2012:633), punto 66.

[36] Punto 31 delle osservazioni scritte del governo ceco, che rinvia agli argomenti della DGF dinanzi al giudice di cassazione, riprodotti al punto 10 dell'ordinanza di rinvio.

[37] Punto 32 dell'ordinanza di rinvio, riportato al paragrafo 55 delle presenti conclusioni.

64. Peraltro, dall'ordinanza di rinvio non risulta che vi siano stati *seri* tentativi da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di trovare nuovi fornitori che le consentissero di sbloccare la situazione di dipendenza nella quale si trovava. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'amministrazione aggiudicatrice deve «indagare seriamente» se esistono a livello europeo imprese in grado di fornire (o, a seconda dei casi, sostituire) un determinato programma informatico [38].

65. Nel delineare il problema del lock-in nei sistemi informatici, la Commissione suggerisce alle amministrazioni aggiudicatrici alcune alternative [39] per superare le restrizioni della concorrenza negli appalti pubblici, come quella qui in esame.

66. Sebbene le autorità ceche sostengano di aver messo in atto procedure di controllo *ex ante* per contrastare il lock-in di cui alla comunicazione del 2013 [40], il contratto oggetto della presente domanda di pronuncia pregiudiziale ha confermato, senza modificarla, la situazione di esclusività preesistente. Pertanto, all'amministrazione aggiudicatrice può imputarsi, per azione o omissione, di aver perpetuato nel 2016 una situazione di esclusività creata dal suo predecessore in diritto, che avrebbe dovuto impedirle di ricorrere alla procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara.

67. Infine, va ricordato che la Corte di giustizia si è già pronunciata sulla necessaria apertura alla concorrenza di contratti simili a quello in questione, partendo dal presupposto che sono soggetti alle regole generali degli appalti pubblici: «(...) un'amministrazione aggiudicatrice, quando ha intenzione di organizzare una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici allo scopo di garantire la manutenzione, l'adattamento o lo sviluppo di un software acquistato da un operatore economico, deve assicurarsi di comunicare sufficienti informazioni ai candidati e agli offerenti potenziali, al fine di consentire che si instauri una concorrenza effettiva nel mercato derivato della manutenzione, dell'adattamento o dello sviluppo di detto software» [41].

V. Conclusioni

68. Alla luce di quanto esposto, propongo di rispondere al Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa, Repubblica ceca) nei seguenti termini:

«L'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva n. 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:

l'amministrazione aggiudicatrice non può, con le proprie azioni, creare una situazione di esclusività con la quale tenti di giustificare il ricorso a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

38 V. sentenza del 15 ottobre 2009, Commissione/Germania (C-275/08, EU:C:2009:632), punto 63. Si trattava in quel caso di un programma informatico per la gestione centralizzata dell'immatricolazione delle automobili.

39 La comunicazione del 2013 al punto 3 afferma che «[u]tilizzare sistemi TIC basati su standard invece di tecnologie proprietarie agevolerebbe un'apertura rispetto alle pratiche restrittive di aggiudicazione degli appalti, perché gli standard mettono a disposizione di chiunque le conoscenze essenziali su un sistema, con la conseguenza che altri potenziali fornitori potranno mantenere o far evolvere il sistema a condizioni più concorrenziali».

40 È quanto esprime il governo ceco, in particolare ai punti da 32 a 35 delle sue osservazioni scritte, affermando di aver creato un servizio specializzato e un gruppo di lavoro per contrastare la dipendenza esclusiva nei contratti di servizi informatici. Queste «misure sistemiche», aggiunge, erano state messe in atto al momento della stipula del contratto del 2016.

41 Sentenza del 28 maggio 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395), punto 74.

Quando l'amministrazione aggiudicatrice stipula un nuovo contratto a cui si applica la direttiva 2004/18 è irrilevante che lo status di esclusività derivi da un contratto iniziale stipulato dalle autorità di uno Stato membro prima della sua adesione all'Unione europea. Per valutare la condotta dell'amministrazione aggiudicatrice in relazione al nuovo contratto è necessario prendere in considerazione il contesto di fatto e di diritto al momento della conclusione del nuovo contratto».