Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 24 febbraio 2022 [1]

Causa C-669/20

Veridos GmbH
contro
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa, Bulgaria)]

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi – Direttiva 2014/24/UE – Direttiva 2009/81/CE – Fissazione di un criterio per la valutazione di un'offerta anormalmente bassa – Esistenza di almeno tre offerte»

1. Quando taluni appalti pubblici devono essere aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa o al prezzo più basso, il diritto dell'Unione consente all'amministrazione aggiudicatrice di respingere le «offerte anormalmente basse» prive di una giustificazione sufficiente.

2. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale solleva una serie di questioni riguardanti un appalto pubblico concluso per la progettazione, lo sviluppo e la gestione di un sistema di rilascio di documenti d'identità bulgari. Il giudice del rinvio si chiede, in sintesi:

– a quali condizioni e in che misura l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a verificare l'esistenza di offerte anormalmente basse ai sensi della direttiva 2009/81/CE [2] e della direttiva 2014/24/UE [3];

– quale sia il momento in cui deve essere effettuato il controllo giurisdizionale sulla valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice che esclude l'esistenza di un'offerta anormalmente bassa e se tale valutazione debba essere motivata.

[1] Lingua originale: lo spagnolo.

[2] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GU 2009, L 216, pag. 76).

[3] 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).

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/24

3. Il considerando 90 afferma:

«L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. (…)

Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato.

Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri (…)».

4. Il considerando 92 enuncia quanto segue:

«Nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto che applicheranno a tal fine. Tali criteri dovrebbero pertanto permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto quale definito nelle specifiche tecniche. Nel contesto del miglior rapporto qualità/prezzo, è riportato nella presente direttiva un elenco non esaustivo di possibili criteri di aggiudicazione comprendenti aspetti ambientali e sociali. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità.

I criteri di aggiudicazione prescelti non dovrebbero conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta e dovrebbero garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e leale ed essere accompagnati da disposizioni che consentano l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti.

(…)».

5. L'articolo 56 («Principi generali») così prescrive:

«1. Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 67 a 69, purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato conformemente agli articoli da 59 a 61 che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

(…)».

6. L'articolo 69 («Offerte anormalmente basse») così dispone:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi.

(…)

3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti (...)».

2. Direttiva 2009/81

7. Il considerando 15 così recita:

«L'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri da parte degli enti aggiudicatori di cui alla direttiva 2004/17/CE (...), e da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di cui alla direttiva 2004/18/CE (...), è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

(…)».

8. Il considerando 69 così recita:

«L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e che assicurino che la valutazione delle offerte si svolga in modo trasparente e obiettivo in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza, è opportuno il ricorso a due soli criteri di aggiudicazione: quello del "prezzo più basso" e quello dell'"offerta economicamente più vantaggiosa"».

9. Ai sensi dell'articolo 38 («Accertamento dell'idoneità dei candidati e scelta dei partecipanti, aggiudicazione degli appalti»):

«1. L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 47 e 49, tenuto conto dell'articolo 19, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 39 o 40, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici/dagli enti aggiudicatori conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle

capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 41 a 46 e, se del caso, alle norme e ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3 del presente articolo.

(…)».

10. L'articolo 49 («Offerte anormalmente basse») afferma:

«1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore, prima di respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione.

(…)

2. L'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite.

(…)».

11. L'articolo 55 («Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»), paragrafo 2, prevede quanto segue:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici/dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni di cui agli articoli da 56 a 62, sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto [dell'Unione] in materia di aggiudicazione degli appalti o le norme nazionali che recepiscono tale diritto».

B. Diritto bulgaro

12. L'articolo 72 della Zakon za obshtestvenite porachki (legge sugli appalti pubblici), intitolato «Offerte anormalmente basse», così dispone:

«1. Ove l'offerta oggetto di valutazione, presentata da un partecipante alla gara d'appalto, sia più vantaggiosa del valore medio delle offerte degli altri partecipanti in misura superiore al 20% con riguardo al corrispettivo o al costo in base al medesimo fattore di valutazione, l'amministrazione aggiudicatrice richiede una giustificazione scritta e dettagliata delle modalità con cui è stata formulata l'offerta, da presentarsi entro cinque giorni dal ricevimento dell'invito».

II. Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

13. Il Ministero degli Interni della Repubblica di Bulgaria, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, avviava una procedura di appalto per «la progettazione, lo sviluppo e la gestione di un sistema per il rilascio di documenti d'identità bulgari generazione 2019» [4].

[4] Avviso pubblicato con decisione n. 5785 MPR-58 del 15 agosto 2018.

14. In esito alla relativa preselezione, la Veridos GmbH (in prosieguo: la «Veridos») e il consorzio Mühlbauer ID Services GmbH-S&T (in prosieguo: la «Mühlbauer») sono stati invitati a presentare le loro offerte.

15. L'appalto veniva infine aggiudicato alla Mühlbauer [5].

16. La Veridos impugnava l'aggiudicazione dinanzi alla Komisia za zashtita na konkurentsiata (Autorità garante della concorrenza, Bulgaria), sostenendo che l'offerta vincente era anormalmente bassa [6].

17. L'Autorità garante della concorrenza respingeva il ricorso della Veridos con decisione del 25 giugno 2020. A suo parere, l'articolo 72 della legge sugli appalti pubblici non era applicabile in quanto, essendo state presentate solo due offerte, non era possibile calcolare il valore medio previsto da tale disposizione al fine di stabilire se una di esse fosse anormalmente bassa.

18. La Veridos proponeva ricorso contro la decisione del 25 giugno 2020 dinanzi al Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa, Bulgaria), che si rivolge alla Corte di giustizia formulando le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 56 della direttiva [2014/24], in combinato disposto con il successivo articolo 69 o, rispettivamente, l'articolo 38 della direttiva [2009/81], in combinato disposto con il successivo articolo 49, debbano essere interpretati nel senso che, qualora un criterio stabilito dal diritto nazionale per la valutazione di un'offerta anormalmente bassa non sia oggettivamente applicabile, l'amministrazione aggiudicatrice non sia tenuta, in assenza di altro criterio dalla stessa stabilito e comunicato a priori, a verificare l'esistenza di un'offerta anormalmente bassa.

2) Se l'articolo 56 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con il successivo articolo 69 o, rispettivamente, l'articolo 38 della direttiva 2009/81, in combinato disposto con il successivo articolo 49, debbano essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a verificare l'esistenza di offerte anormalmente basse solo in caso di sospetto concernente una qualsiasi delle offerte oppure, al contrario, se essa sia in ogni caso tenuta ad accertarsi della serietà delle offerte ricevute, fornendone relativa motivazione.

3) Se tale requisito trovi applicazione con riguardo all'amministrazione aggiudicatrice nel caso in cui, nell'ambito della procedura di aggiudicazione, siano state ricevute solamente due offerte.

4) Se l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [in prosieguo: la «Carta»] debba essere interpretato nel senso che la valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice in ordine all'assenza di sospetti inerenti l'esistenza di un'offerta anormalmente bassa o, rispettivamente, la sua convinzione circa la serietà dell'offerta presentata dal partecipante alla gara d'appalto classificatosi primo in graduatoria siano soggette a sindacato giurisdizionale.

[5] Decisione n. 5785 MPR-35 del 29 aprile 2020.

[6] Ordinanza di rinvio, punto 41 in fine.

5) In caso di risposta affermativa alla precedente questione: se l'articolo 47 della [Carta] debba essere interpretato nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice la quale, in una procedura di aggiudicazione, non abbia proceduto alla verifica dell'eventuale esistenza di un'offerta anormalmente bassa, sia tenuta a giustificare e motivare l'assenza di sospetti concernenti l'esistenza di un'offerta anormalmente bassa, vale a dire la serietà dell'offerta classificata prima in graduatoria».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

19. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la cancelleria della Corte l'8 dicembre 2020.

20. Il 1º febbraio 2021 il presidente della Corte ha deciso di non accogliere la domanda di procedimento accelerato.

21. Hanno presentato osservazioni scritte la Veridos, la Mühlbauer, i governi austriaco, bulgaro, ceco e francese nonché la Commissione europea.

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

IV. Analisi

A. Osservazioni preliminari

23. Nella presente causa è applicabile la direttiva 2009/81, poiché si tratta di un appalto pubblico vertente sul rilascio di documenti d'identità, che rientra nei «settori della difesa e della sicurezza» [7]. È proprio in applicazione di tale direttiva, come risulta dall'ordinanza di rinvio, che l'amministrazione aggiudicatrice ha indetto un'unica gara d'appalto [8].

24. Il giudice del rinvio, tuttavia, pone alla base delle proprie questioni i pertinenti articoli della direttiva 2009/81 e della direttiva 2014/24. Esso motiva tale approccio richiamandosi all'«identico contenuto e la corrispondente funzione delle pertinenti disposizioni delle due

[7] Il governo bulgaro sostiene (punto 9 delle sue osservazioni) che la tecnologia e i materiali utilizzati per i documenti d'identità richiedono o contengono informazioni classificate e quindi costituiscono «materiale sensibile» ai sensi dell'articolo 2, lettere b) e c), della direttiva 2009/81.

[8] Secondo l'ordinanza di rinvio (punto 22), l'amministrazione aggiudicatrice «ha deciso di indire un'unica gara d'appalto ai sensi della direttiva 2009/81» conformandosi al suo considerando 24, invece di avvalersi della facoltà offerta dal considerando 13 della direttiva 2014/24. Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 2, lettera b), di quest'ultima, nei casi di appalti misti, «se parte di un determinato appalto è disciplinata dalla direttiva 2009/81/CE, l'appalto può essere aggiudicato conformemente a tale direttiva, purché l'aggiudicazione di un appalto unico sia giustificata da ragioni oggettive».

direttive» [9]. Non vi sono ostacoli in tal senso, poiché le disposizioni delle due direttive la cui interpretazione è in questione si sovrappongono quanto alla loro sostanza, e pertanto la risposta della Corte sarà utile allo stesso modo per tutte [10].

25. Nella stessa ottica, la giurisprudenza della Corte in materia, anche quando fa riferimento ad analoghe disposizioni di altre direttive sugli appalti pubblici diverse dalle due direttive sopra citate, può essere trasposta al caso di specie, come spiegherò di seguito.

26. In ragione del loro contenuto, le questioni del giudice del rinvio possono essere raggruppate in due blocchi:

– con le prime tre si intende stabilire se e a quali condizioni l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a verificare l'esistenza di offerte anormalmente basse e, in tal caso, a quali condizioni e in che misura;

– la quarta e la quinta questione riguardano la motivazione che l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire sull'inesistenza di un'offerta anormalmente bassa e il controllo giurisdizionale su tale valutazione.

B. Obbligo di verificare l'esistenza di offerte anormalmente basse (prima, seconda e terza questione pregiudiziale)

27. Nelle parole del giudice del rinvio, la controversia verte esclusivamente sul potere che il legislatore nazionale ha esercitato disciplinando, all'articolo 72, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici, il criterio di valutazione delle offerte anormalmente basse [11].

28. Se ben comprendo il ragionamento del giudice del rinvio, dalla sua interpretazione della disposizione nazionale sembra emergere che l'*unico* criterio per qualificare un'offerta come «anormalmente bassa» è che essa sia inferiore del 20% rispetto al valore medio delle offerte

[9] Punto 22 dell'ordinanza di rinvio.

[10] I riferimenti normativi alle offerte anormalmente basse sono stati, e sono tuttora, una costante del diritto dell'Unione sugli appalti pubblici, a partire dalla 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. 1), articolo 29, paragrafo 5. Si trovava nella direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), articolo 25, paragrafo 5; nella direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), articolo 37; nella direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1993, L 199, pag. 12), articolo 27; nella 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), articolo 30, paragrafo 4; e nella direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1993, L 199, pag. 84), articolo 34. Tali formulazioni sono state ripetute nelle successive generazioni di questa normativa, come la direttiva 2004/17/CE 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), articolo 57; la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), articolo 55; e la direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243), articolo 84.

[11] Punto 23 dell'ordinanza di rinvio. Il giudice a quo, dopo aver trascritto tale disposizione, sostiene che il criterio secondo il quale è considerata anormale un'offerta inferiore di oltre il 20% rispetto al valore medio delle offerte degli altri partecipanti «richiede implicitamente che vengano presentate almeno tre offerte e che la valutazione di un'offerta venga effettuata sulla base del valore medio delle altre due».

presentate dagli altri partecipanti alla gara. Se tale criterio risultasse inapplicabile perché vi sono solo due offerte, l'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe in grado di valutare il carattere anormale di nessuna delle due [12].

29. Prima di affrontare la questione se la disposizione nazionale così interpretata [13] sia conforme alle direttive 2009/81 e 2014/24 (in particolare, all'articolo 49 della prima e all'articolo 69 della seconda), ricordo che:

– l'articolo 49 della direttiva 2009/81 impone all'amministrazione aggiudicatrice il dovere di controllare e verificare la serietà delle offerte. Se ritiene che una di esse sia anormalmente bassa rispetto alla prestazione, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione;

– ai sensi dell'articolo 69 della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici «impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi».

30. Queste disposizioni devono essere lette alla luce della giurisprudenza della Corte, come ho già detto, poiché in esse il legislatore dell'Unione non ha fornito una definizione di ciò che costituisce un'offerta anormalmente bassa, né uno specifico metodo per calcolare la soglia di *anomalia* [14]. Da qui, insisto, deriva la rilevanza dell'interpretazione giurisprudenziale, che ha avuto nel tempo una notevole continuità in questa materia [15].

31. La Corte ha dichiarato:

– a proposito della direttiva 92/50, che «[s]petta agli Stati membri, e in particolare alle amministrazioni aggiudicatrici, stabilire le modalità di calcolo di una soglia di anomalia costitutiva di un'"offerta anormalmente bassa" (…)» [16];

– in merito alla direttiva 93/37, che l'amministrazione aggiudicatrice non può sottrarsi all'obbligo di «identificare le offerte sospette» e, in caso affermativo, di ricorrere alla relativa procedura (in contraddittorio) di verifica [17];

– a proposito della direttiva 2004/18 [18], che «il legislatore dell'Unione ha inteso *prescrivere all'amministrazione aggiudicatrice una verifica* degli elementi costitutivi delle offerte

[12] Il governo bulgaro (punto 34 delle sue osservazioni) è del medesimo parere: quando ci sono solo due offerte, manca il criterio oggettivo per identificarle come anormalmente basse, per cui è impossibile per l'amministrazione aggiudicatrice sospettare che una di esse sia anormalmente bassa.

[13] Sebbene l'interpretazione del diritto nazionale spetti, ovviamente, al giudice del rinvio, ci si potrebbe chiedere se, in realtà, la normativa bulgara si limiti a considerare il confronto del prezzo di un'offerta con il valore medio delle altre offerte come un semplice indizio, non esclusivo, di anormalità. In quest'ottica, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe utilizzare altri criteri sussidiari che, pur non essendo esplicitati in tale normativa, le consentano di dedurre l'anomalia di un'offerta in quanto tale.

[14] Lo sottolinea la Commissione nelle *Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE*, comunicazione del 24 luglio 2019, C(2019) 5494 final, paragrafo 2.1.

[15] Questa continuità si ricava, in particolare, dalle sentenze del 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, in prosieguo: la «sentenza Fratelli Costanzo»); del 27 novembre 2001, Lombardini e Mantovani (C-285/99 e C-286/99, EU:C:2001:640, in prosieguo: la «sentenza Lombardini e Mantovani»); del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191); del 18 dicembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466); del 19 ottobre 2017, Agriconsulting Europe/Commissione, (C-198/16 P, EU:C:2017:784); e del 10 settembre 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; in prosieguo: la «sentenza Tax-Fin-Lex»).

[16] Sentenza del 18 dicembre 2014, Data Medical Service, (C-568/13, EU:C:2014:2466), punto 49.

[17] Sentenza Lombardini e Mantovani, punto 55.

[18] Il cui articolo 55, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 49, paragrafo 1, della direttiva 2009/81.

anormalmente basse, imponendole a tale effetto l'obbligo di chiedere ai candidati di fornire le giustificazioni necessarie a provare la serietà di tali offerte» [19].

32. Per quanto riguarda l'articolo 69 della direttiva 2014/24, la Corte ha confermato che:

– qualora un'offerta appaia anormalmente bassa, le amministrazioni aggiudicatrici *richiedono* all'offerente di fornire spiegazioni in merito al prezzo o ai costi proposti in quest'ultima, spiegazioni che possono riguardare, in particolare, gli elementi di cui al paragrafo 2 di detto articolo [20];

– l'amministrazione aggiudicatrice deve valutare le informazioni fornite consultando l'offerente e può respingere tale offerta solo se gli elementi di prova forniti non giustificano sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti [21].

33. In definitiva, la normativa dell'Unione impone in ogni caso alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare se una qualsiasi delle offerte presentate appaia prima facie anormalmente bassa.

34. È irrilevante a tal fine che «un criterio stabilito dal diritto nazionale per la valutazione di un'offerta anormalmente bassa non sia [oggettivamente] applicabile» e che non sia stato reso noto in anticipo un altro criterio stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice. Quest'ultima, ripeto, non può esimersi dal verificare la sospetta temerarietà dell'offerta (di tutte le offerte).

35. È inoltre irrilevante la circostanza che alla procedura di aggiudicazione abbiano partecipato solo due candidati: ognuna di queste due offerte dovrà essere sottoposta al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice, che ne valuterà la natura eventualmente sospetta.

36. In linea di principio, come ho già spiegato, spetta agli Stati membri e alle amministrazioni aggiudicatrici determinare il metodo di calcolo di una soglia di anomalia il cui superamento integri un'«offerta anormalmente bassa». Il diritto dell'Unione fornisce, in ogni caso, indicazioni che consentono di specificare l'oggetto delle precisazioni che possono essere richieste a chi presenti un'offerta sospetta [22].

37. Il governo bulgaro sostiene che l'individuazione di offerte anormalmente basse può essere fondata solo su calcoli aritmetici, come quello previsto dalla normativa nazionale. A suo parere, questa soluzione garantisce l'obiettività che non può essere assicurata qualora l'identificazione delle offerte sospette si basasse sulla valutazione soggettiva dell'amministrazione aggiudicatrice [23].

38. Non condivido tale argomento. L'amministrazione aggiudicatrice deve identificare le offerte apparentemente sospette (che sono quindi soggette alla procedura di verifica in contraddittorio) alla luce di tutte le caratteristiche dell'oggetto della gara. Il contrasto con le altre offerte concorrenti, per quanto possa essere utile in certi casi per rilevare eventuali anomalie, non può

[19] Sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191), punto 28. Il corsivo è mio.

[20] Sentenza Tax-Fin-Lex, punto 32.

[21] Ibidem, punto 33.

[22] Conformemente all'articolo 49 della direttiva 2009/81, tali precisazioni possono riguardare: 1) l'economia dei procedimenti di costruzione e fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione dei servizi; 2) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o per fornire i prodotti o per prestare i servizi; 3) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti; 4) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione; 5) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato. La formulazione dell'articolo 69 della direttiva 2014/24 è sostanzialmente identica.

[23] Paragrafo 18 delle osservazioni scritte del governo bulgaro.

essere l'*unico* criterio utilizzabile dall'amministrazione aggiudicatrice. L'esame di tutti i suoi elementi, considerati isolatamente, permetterà di stabilire se, nonostante le apparenze e la distanza dai prezzi degli altri partecipanti alla gara d'appalto [24], l'offerta sospetta è sufficientemente seria.

39. Inoltre, la Corte ha già dichiarato che l'uso di un criterio meramente matematico può essere contrario allo sviluppo di una concorrenza effettiva nel campo degli appalti pubblici. Ciò si verificava nelle cause definite dalle sentenze Fratelli Costanzo e Lombardini e Mantovani:

– nella prima, la norma italiana considerava anomale, ed escludeva dalla gara, «le offerte che presentano una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementata da un valore percentuale che dovrà essere indicato nel bando o nell'avviso di gara». Ai sensi di quest'ultimo, le offerte che non superavano almeno del 9,48% l'importo base dovevano essere automaticamente escluse [25];

– nella seconda, la percentuale che determinava l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di sottoporre l'offerta anomala alla procedura di verifica era fissata nella «nella misura pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media» [26].

40. Orbene, la Corte ha dichiarato che «un criterio matematico, in forza del quale vengono considerate anormali e quindi escluse dalla gara le offerte che presentano una maggiorazione inferiore del 10% alla maggiorazione media, rispetto all'importo base fissato come prezzo dei lavori, di tutte le offerte ammesse a gareggiare, priva i partecipanti alla gara che hanno presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si tratta di offerte serie, cosicché l'applicazione di un tale criterio contrasta con lo scopo della direttiva 71/305, che consiste nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici» [27].

41. Sulla base di tali premesse, si può dedurre che non è conforme al diritto dell'Unione una norma nazionale in forza della quale l'*unico* criterio per valutare se un'offerta sia anormalmente bassa è che il suo importo è inferiore del 20% rispetto al valore medio delle offerte presentate dagli altri partecipanti alla gara d'appalto.

42. L'obbligo di verificare la serietà di *tutte* le offerte concorrenti è diretto a garantire il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, conformemente ai quali l'aggiudicazione degli appalti pubblici deve effettuarsi [28].

43. Questo obiettivo sarebbe compromesso se le norme nazionali limitassero a parametri puramente percentuali (rispetto al resto dei concorrenti) i casi in cui un'offerta possa essere qualificata come «anormalmente bassa», sostituendo in tal modo le disposizioni dell'articolo 49 della direttiva 2009/81 e dell'articolo 69 della direttiva 2014/24.

[24] Nella sentenza Tax-Fin-Lex, la Corte non ha escluso che, in certe circostanze, anche un'offerta a prezzo zero possa essere ammissibile (vale a dire non anormalmente bassa), indipendentemente da quanto si differenzi dalle altre offerte presentate.

[25] Sentenza Fratelli Costanzo, punti da 6 a 10.

[26] Sentenza Lombardini e Mantovani, punto 8.

[27] Sentenza Lombardini e Mantovani, punto 47, che cita la sentenza Fratelli Costanzo, punto 18. Quest'ultima sentenza afferma che le disposizioni dell'Unione in materia di appalti pubblici come quelle in questione producono, per il loro contenuto, incondizionalità e precisione, un effetto diretto.

[28] Per quanto riguarda la direttiva 2009/81, così lo enuncia il suo considerando 69.

C. Motivazione e controllo giurisdizionale della valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice sulla possibile esistenza di un'offerta anormalmente bassa (questioni pregiudiziali quarta e quinta)

44. L'articolo 55, paragrafo 2, della direttiva 2009/81 sancisce il diritto di ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice [29]. Questa disposizione si allinea al regime stabilito dalla direttiva 89/665/CE [30] e, come sottolinea la Commissione, garantisce il rispetto dei diritti di cui all'articolo 47 della Carta [31].

45. In generale, gli Stati membri sono tenuti, ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 4, della direttiva 2009/81, a rendere «accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

46. Per quanto riguarda le offerte anormalmente basse, la risposta a questo secondo gruppo di questioni deve essere data secondo una duplice prospettiva:

– in primo luogo, in base alla natura esplicita o implicita della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice sulla serietà di una delle offerte concorrenti;

– in secondo luogo, in base al controllo giurisdizionale della valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice.

1. Natura (ed eventuale motivazione) della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice

47. Riferendosi alle offerte anormalmente basse, l'articolo 49 della direttiva 2009/81 non impone all'amministrazione aggiudicatrice un obbligo indiscriminato di *pronunciarsi espressamente* su tale qualità dell'offerta di cui trattasi.

48. Tale obbligo è, al contrario, previsto se, «per un determinato appalto», l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che «talune offerte» appaiano «anormalmente basse rispetto alla prestazione».

49. Come ho rilevato sopra, l'obbligo cui «l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta [è], in primo luogo, [quello di] identificare le offerte sospette» [32], alla luce dell'insieme delle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto e, se del caso, della relazione di ciascuna di esse con le altre.

[29] «Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici/dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, (...) sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto [dell'Unione] in materia di aggiudicazione degli appalti o le norme nazionali che recepiscono tale diritto».

[30] Direttiva 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). L'articolo 55, paragrafo 2, della direttiva 2009/81 riprende il testo dell'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665, consentendo l'applicazione, per analogia, delle sentenze della Corte di giustizia relative a quest'ultima.

[31] La Commissione invoca il considerando 36 della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (GU 2007, L 335, pag. 31). Secondo tale considerando, si «mira in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, [della] Carta».

[32] Sentenza Lombardini e Mantovani, punto 55.

50. Se l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che nessuna delle offerte così valutate sia anormalmente bassa, non è tenuta a fare una dichiarazione ad hoc in tal senso. Su questo punto, concordo con la Mühlbauer e con il governo francese: la mera accettazione di un'offerta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice manifesta implicitamente la sua convinzione che essa non sia anormalmente bassa.

51. Una dichiarazione ad hoc è indispensabile solo quando, avendo constatato la possibilità che un'offerta sia anormalmente bassa, l'amministrazione aggiudicatrice abbia dato al suo autore (conformemente all'articolo 49, paragrafo 1, della direttiva 2009/81) la possibilità di dimostrarne la serietà, chiedendogli di fornire le ulteriori precisazioni ritenute opportune.

52. Al termine di questo contraddittorio, secondo la giurisprudenza della Corte, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà determinare «la pertinenza dei chiarimenti forniti dagli interessati» al fine di adottare la «decisione circa l'accoglimento o il rigetto [delle] offerte» inizialmente sospette [33]. Decisione che, ovviamente, deve essere sufficientemente motivata.

53. Pertanto, in presenza di un sospetto quanto al carattere anormalmente basso di un'offerta, e in seguito alla procedura di verifica in contraddittorio, l'amministrazione aggiudicatrice deve *decidere* se accettare o rigettare tale offerta. Così facendo, al fine di rispettare i diritti dell'interessato, la sua decisione deve concretizzarsi in un provvedimento motivato [34].

54. Ciò risulta dall'articolo 35 della direttiva 2009/81, in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad informare «quanto prima possibile i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo all'aggiudicazione di un appalto».

55. Al contrario, se l'amministrazione aggiudicatrice ritiene prima facie che nessuna delle offerte possa essere anormalmente bassa, non si svolgerà la procedura di verifica in contraddittorio e non ci sarà una decisione esplicita in merito.

56. In tale contesto, la decisione che pone fine alla procedura di aggiudicazione comporterà, implicitamente, la decisione di non ritenere anormalmente basse le offerte presentate. Decisione, quest'ultima, la cui motivazione non è altro che l'assenza di indizi che abbiano reso necessario l'esame, in particolare, di un'offerta sospetta.

2. Controllo giurisdizionale della decisione sul carattere anormalmente basso di un'offerta

57. Per stabilire come si effettua l'ineludibile controllo giurisdizionale sulla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, occorre distinguere tra le due ipotesi sopra esposte: o l'amministrazione aggiudicatrice si è pronunciata espressamente sui sospetti sollevati da una determinata offerta, o lo ha fatto, implicitamente, definendo la procedura di appalto senza mostrare alcun dubbio sulla serietà di quella o di altre offerte.

[33] Sentenza Lombardini e Mantovani, punto 55.

[34] Come ha ricordato la Corte nell'ordinanza del 14 febbraio 2019, Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118), punto 33, secondo una giurisprudenza costante, «l'efficacia del controllo giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta presuppone che l'interessato possa conoscere la motivazione su cui si fonda la decisione adottata nei suoi confronti, vuoi in base alla lettura della decisione stessa vuoi a seguito di comunicazione della motivazione effettuata su sua richiesta, al fine di consentirgli di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente, nonché per porre pienamente in grado quest'ultimo di esercitare il controllo sulla legittimità della decisione nazionale in questione».

58. Sebbene la direttiva direttamente applicabile sia la 2009/81, farò riferimento alla giurisprudenza della Corte in relazione alla direttiva 89/665 [35], poiché, come ho già detto, tale direttiva contiene un regime simile a quello previsto dalla prima per quanto riguarda la presentazione dei ricorsi.

59. Il controllo cui si riferisce la clausola generale di cui all'articolo 1, ultimo paragrafo, della direttiva 89/665 si estende a tutte le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice che attuano il diritto dell'Unione in questa materia [36].

60. Tra queste decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice suscettibili di riesame rientrano, logicamente, quelle che decidono sull'aggiudicazione dell'appalto scegliendo una delle offerte, ma anche altre di natura diversa che incidono sulla situazione giuridica degli interessati [37].

61. La direttiva 89/665 non ha «formalmente previsto il momento a partire dal quale è garantita la possibilità di proporre un ricorso prevista al suo articolo 1, paragrafo 1» [38]. Ciò che la Corte richiede è che si garantisca che le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile [39].

62. Il legislatore dell'Unione ha conferito agli Stati membri il compito di precisare le «modalità» delle procedure di ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici (articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665) [40].

63. Gli Stati membri possono quindi, in linea di principio, disciplinare i ricorsi contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice prevedendo che questi siano promossi sia contestualmente sia separatamente (dall'impugnazione principale). La direttiva 89/665 non impone né esclude nessuno di questi due meccanismi.

64. Se, nell'esercizio della loro autonomia procedurale, gli Stati membri optano per l'impugnazione contestuale, essi devono farlo senza contravvenire agli scopi della direttiva 89/665 per quanto riguarda gli imprescindibili obiettivi di efficacia e rapidità. Essi devono inoltre tenere conto del fatto che:

– la direttiva «non autorizza gli Stati membri a subordinare l'esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata» [41];

[35] Le riflessioni contenute nei paragrafi seguenti (dal 59 al 64) riprendono quelle esposte nelle conclusioni nella causa Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] Sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterráneo e a. (C-391/15, EU:C:2017:268; in prosieguo: la «sentenza Marina del Mediterráneo»), punto 26: «il tenore letterale dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 presuppone, visto l'impiego dell'espressione "per quanto riguarda le procedure [di aggiudicazione degli appalti]", che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo giurisdizionale previsto dall'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), della medesima direttiva».

[37] Ibidem, punto 27. La Corte sostiene quindi che un'«estesa accezione della nozione di "decisione" di un'autorità aggiudicatrice è confermata dal fatto che la disposizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna restrizione per quanto riguarda la natura e il contenuto delle decisioni da essa contemplate».

[38] Ibidem, punto 31.

[39] Sentenza del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a. (C-470/99, EU:C:2002:746), punto 74.

[40] Sentenza Marina del Mediterráneo, punto 32: «In mancanza di una disciplina dell'Unione che fissi il momento a partire dal quale deve essere garantita la possibilità di ricorso, conformemente a una giurisprudenza costante, spetta al diritto nazionale disciplinare le modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione», con le limitazioni inerenti ai principi di effettività e di equivalenza.

[41] Ibidem, punto 31.

– in funzione delle sue caratteristiche, una normativa nazionale che «richieda, in ogni caso, che l'offerente attenda la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi prima di poter proporre un ricorso contro l'ammissione di un altro offerente viola le disposizioni della direttiva 89/665» [42].

65. Non bisogna però dimenticare che la tutela del principio della certezza del diritto «sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni» [43].

66. Le conclusioni di quest'ultima sentenza si ricollegano alla giurisprudenza della Corte nel contesto del ricorso di annullamento previsto all'articolo 263 TFUE.

67. Come ha ricordato il governo francese, possono essere oggetto di un ricorso di annullamento soltanto i provvedimenti che producono effetti giuridici vincolanti idonei ad incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo [44].

68. Nel caso di atti o decisioni redatti in diverse fasi, sono impugnabili i provvedimenti che stabiliscono in modo definitivo la posizione dell'organo decidente «al termine di una procedura amministrativa e che sono intesi alla produzione di effetti giuridici obbligatori (...), con esclusione dei provvedimenti provvisori destinati a preparare la decisione finale (...)» [45].

69. Secondo la Corte, ai fini dell'articolo 1, paragrafo 1, quarto comma, della direttiva 89/665, la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» deve essere interpretata estensivamente, poiché la formulazione di tale disposizione – che «si riferisce quindi in maniera generale alle decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice senza operare distinzioni tra tali decisioni in funzione del loro contenuto o del momento della loro adozione e non prevede alcuna restrizione per quanto riguarda la natura e il contenuto delle decisioni di cui trattasi» – «implica che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che rientri nell'ambito di applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici e che possa violarle sia soggetta al controllo giurisdizionale» [46].

70. Tale interpretazione delle decisioni impugnabili ha indotto la Corte a considerare come tale quella di ammissione di un operatore economico a partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico [47].

[42] Ibidem, punto 34.

[43] Sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), punto 51 e giurisprudenza ivi citata. Il principio della certezza non può tuttavia essere dissociato dal requisito di efficacia delle direttive in materia di appalti pubblici.

[44] V., inter alia, sentenza del 26 gennaio 2010, Internationaler Hilfsfonds/Commissione (C-362/08 P, EU:C:2010:40, punto 51).

[45] Per tutte, sentenza del 17 luglio 2008, Athinaïki Techniki/Commissione (C-521/06 P, EU:C:2008:422), punto 42.

[46] Sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), punto 105.

[47] Ibidem, punto 106, con citazione della sentenza Marina del Mediterráneo, punto 28. È altresì considerata impugnabile «(...) la decisione con la quale un'amministrazione aggiudicatrice rifiuta di comunicare a un operatore economico le informazioni ritenute confidenziali trasmesse da un candidato o da un offerente».

71. Tuttavia, la *generosità* di questa interpretazione [48] era in ogni caso limitata alle decisioni positive *effettivamente adottate* dall'amministrazione aggiudicatrice. Vale a dire decisioni che implicano un atto di volontà con cui l'amministrazione aggiudicatrice assume una posizione, quando una norma la obbliga a decidere.

72. È necessario distinguere, come ho già esposto, tra:

– decisioni nelle quali l'amministrazione aggiudicatrice si pronuncia esplicitamente sui sospetti che una determinata offerta ha potuto suscitare, ponendo fine a una procedura di verifica in contraddittorio volta a stabilire se essa sia o meno anormalmente bassa. A mio avviso, tale decisione colpisce, in una delle sue due possibili variabili, gli interessi dei partecipanti alla gara, in particolare di quello la cui offerta è respinta perché anormalmente bassa. La modifica della sua posizione nella gara, unita all'autonomia della procedura nell'ambito della quale l'amministrazione aggiudicatrice si è pronunciata, depongono a favore della qualificazione di tale decisione come una decisione definitiva e soggetta ad un controllo giurisdizionale sin dal momento della sua adozione;

– decisioni implicite dell'amministrazione aggiudicatrice che, in assenza di dubbi sulla serietà delle offerte, si integrano nella delibera di aggiudicazione dell'appalto. Esse sono impugnabili in giudizio mediante il corrispondente ricorso contro tale delibera finale.

73. Per quanto riguarda la presente controversia, dalle informazioni disponibili risulta che l'amministrazione aggiudicatrice non ha avuto dubbi che la inducessero a sospettare il carattere anormalmente basso di nessuna delle offerte. Non era quindi obbligata ad avviare la relativa procedura di verifica.

74. Agendo in tal modo, l'amministrazione aggiudicatrice non ha adottato una *decisione* contro la quale la direttiva 2009/81 preveda la possibilità di ricorso separatamente e in quel momento. L'articolo 49 di tale direttiva, ribadisco, non obbligava l'amministrazione aggiudicatrice a decidere espressamente sul carattere anormalmente basso di tutte le offerte, ma solo a seguire una certa procedura prima di respingere quella che «appariva» anormalmente bassa.

75. Detto articolo e, parallelamente, l'articolo 69 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta, implicano soltanto, come sostiene il governo francese, che, nel contesto del ricorso contro l'aggiudicazione dell'appalto, l'offerente non aggiudicatario può impugnarla deducendo il carattere anormalmente basso dell'offerta selezionata [49].

[48] Anche se, a prima vista, potrebbe sembrare il contrario, non credo che un'interpretazione così aperta sia in contrasto con la giurisprudenza che, nell'interesse della certezza del diritto, esclude che gli offerenti possano invocare in qualsiasi momento infrazioni delle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Entrambi gli orientamenti giurisprudenziali convergono verso un'attività di ponderazione tra la certezza del diritto, da un lato, e il controllo giurisdizionale di legalità, dall'altro. Si tratta di trovare un punto di equilibrio con il criterio della relativa autonomia, in relazione al loro contenuto, delle successive decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice. Così, per esempio, è stata esclusa la possibilità di ricorso contro i «comportamenti che costituiscano un semplice studio preliminare di mercato o che abbiano carattere meramente preparatorio e si inseriscano nella fase di riflessione interna dell'amministrazione aggiudicatrice in vista dell'affidamento di un appalto pubblico», come afferma la sentenza dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), punto 35. Poiché tutti gli atti del procedimento sono *preparatori* rispetto all'aggiudicazione finale, non tutti hanno la stessa *densità* di contenuto, e l'impugnabilità è riservata a quelli che implicano un grado di decisione sufficiente a conferire loro una certa autonomia.

[49] Secondo l'ordinanza di rinvio, ciò si è verificato nel caso di specie, dal momento che la Veridos ha potuto presentare ricorso contro l'aggiudicazione dell'appalto invocando il carattere anormalmente basso dell'offerta della Mühlbauer.

V. Conclusioni

76. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di rispondere al Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa, Bulgaria) nei seguenti termini:

«1) Gli articoli 38 e 49 della direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a verificare, in tutti i casi, l'eventuale esistenza di offerte anormalmente basse. È irrilevante a tal fine il numero di offerte presentate o l'impossibilità di applicare i criteri fissati dalla normativa nazionale in materia, nel qual caso le amministrazioni aggiudicatrici devono conformarsi, a causa del suo effetto diretto, all'articolo 49 della direttiva 2009/81/CE.

2) L'articolo 55, paragrafo 2, della direttiva 2009/81/CE, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che, quando l'amministrazione aggiudicatrice non ha motivo di avviare una procedura di verifica della serietà di un'offerta, la sua valutazione può essere oggetto di un controllo giurisdizionale nell'ambito del ricorso contro la decisione di aggiudicazione definitiva dell'appalto».