Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MICHAL BOBEK
presentate il 28 maggio 2020[1]

Causa C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
contro
Ministrstvo za notranje zadeve,
con l'intervento di
LEXPERA d.o.o.

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dalla Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, Slovenia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di servizi – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 2, paragrafo 1, punto 5 – Qualificazione come "appalto pubblico" – Nozione di "contratto a titolo oneroso" – Offerta di un offerente dell'importo di EUR 0 – Valutazione dell'onerosità dell'operazione – Assenza di corrispettivo pecuniario a carico dell'amministrazione aggiudicatrice – Rigetto dell'offerta – Base giuridica – Articolo 69 – Offerta anormalmente bassa»

I. Introduzione

1. Zero è (un numero) anormalmente basso?

2. Tralasciando le appassionanti discussioni che la natura del numero zero ha potuto suscitare in campo matematico[2], è probabile che un siffatto quesito posto in prospettiva giuridica ad un profano lo induca a rivolgere ai giuristi quegli sguardi pieni di stupore ai quali questi ultimi sono così abituati quando tentano di spiegare il proprio mestiere. Il profano forse farà quindi loro osservare, non senza sarcasmo, che soltanto i giuristi sono capaci di disquisire del nulla (letteralmente) per pagine e pagine.

3. Resta nondimeno il fatto che, in materia di appalti pubblici come in matematica, zero sembra essere un numero singolare, difficile da collocare nelle griglie di analisi esistenti. Un offerente che proponga beni o servizi al prezzo nominale di zero euro fa un'offerta anormalmente bassa? Oppure tale offerente si esclude automaticamente dal campo del diritto degli appalti pubblici inserendo la cifra magica «0» nella propria offerta piuttosto che un altro importo nominale

[1] Lingua originale: il francese.

[2] Per un'introduzione accessibile (sintetica per quanto concerne i calcoli e ricca di storia culturale), v., ad esempio, Kaplan, R., *The Nothing that Is*: *A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

notevolmente inferiore ai costi reali di mercato (come, ad esempio, EUR 1,5 o 101), in base al ragionamento che, a differenza di tutti gli altri numeri naturali, «zero» non può comparire in un contratto di appalto pubblico?

4. Tale è, in sintesi, il problema che si pone nella presente causa. Nell'ambito della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi avviata dal Ministrstvo za notranje zadeve (Ministero dell'Interno, Slovenia), l'impresa Tax-Fin-Lex d.o.o. ha presentato un'offerta dell'importo di zero euro ai fini della prestazione di uno dei servizi di cui trattasi. Il Ministero dell'Interno ha respinto tale offerta per il motivo che essa non permetteva di concludere un «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24/UE[3] né di applicare, conseguentemente, le norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. La Tax-Fin-Lex d.o.o. sostiene invece che l'operazione con la quale essa si impegna a fornire il servizio per l'importo di EUR 0 sarebbe effettuata «a titolo oneroso» ai sensi di tale disposizione. Infatti, a suo avviso, l'esecuzione dell'appalto le permetterebbe di beneficiare di un vantaggio economico, in forza delle referenze di cui potrebbe avvalersi successivamente ai fini dell'assegnazione di nuovi appalti pubblici.

II. Contesto normativo

5. La direttiva 2014/24 contiene norme che permettono di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici superiori ad un certo importo affinché siano conformi ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza. Essa mira inoltre a garantire un effettivo confronto competitivo nell'ambito dell'aggiudicazione di appalti pubblici.

6. In particolare, i considerando 4 e 103 della direttiva 2014/24 enunciano quanto segue:

«(4) La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. Questo chiarimento in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE [4]. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico. È opportuno precisare che a tali acquisizioni di lavori, forniture o prestazioni di servizi dovrebbe essere applicata la presente direttiva se effettuate tramite acquisto, locazione finanziaria o altre forme contrattuali.

La nozione di acquisizione dovrebbe essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione (...)

(...)

[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), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 19) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»).

[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, e rettifica GU 2004, L 351, pag. 44).

(103) Le offerte che appaiono anormalmente basse rispetto ai lavori, alle forniture o ai servizi potrebbero basarsi su valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico. Se l'offerente non è in grado di fornire una spiegazione sufficiente, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il diritto di respingere l'offerta. Il rifiuto dovrebbe essere obbligatorio nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che il prezzo o i costi anormalmente bassi proposti risultano da una non conformità con il diritto vincolante dell'Unione o con il diritto nazionale con esso compatibile nei settori della previdenza sociale, del diritto del lavoro, del diritto ambientale o nelle disposizioni internazionali di diritto del lavoro».

7. Nel contesto del titolo I della direttiva 2014/24, intitolato «Ambito di applicazione, definizioni e principi generali», l'articolo 1, paragrafi 1 e 2, dispone quanto segue:

«1. La presente direttiva stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici e concorsi pubblici di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore alle soglie stabilite all'articolo 4.

2. Ai sensi della presente direttiva si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, (...) servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che (...) i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno».

8. L'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 definisce gli «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

9. L'articolo 18 di tale direttiva stabilisce i «[p]rincipi per l'aggiudicazione degli appalti». Esso precisa quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

10. L'articolo 69 della direttiva 2014/24, per parte sua, è dedicato alle «[o]fferte anormalmente basse». Esso è inserito nel Titolo II, capo III, sezione 3, della direttiva in parola, la quale è intitolata «Selezione dei partecipanti e aggiudicazione dei contratti». Tale articolo dispone quanto segue:

«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.

2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a:

a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;

b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori[;]

c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;

d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

e) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71;

f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

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, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2.

L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

(...)».

III. Procedimento principale, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

11. Il 7 giugno 2018 il Ministero dell'Interno (l'amministrazione aggiudicatrice) ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi relativo all'accesso al sistema di informazione giuridica per un periodo di 24 mesi. Tale appalto è composto da due lotti. Il Ministero dell'Interno ha stimato il valore di detto appalto in EUR 39 959,01.

12. Per quanto concerne il primo lotto, relativo all'accesso al sistema di informazione giuridica, soltanto due operatori economici con sede a Lubiana (Slovenia) e specializzati nel settore dell'informazione giuridica hanno depositato offerte entro i termini fissati: la Tax-Fin-Lex d.o.o. (la ricorrente) e la LEXPERA d.o.o. (l'interveniente).

13. La ricorrente ha proposto di fornire tale servizio per l'importo di EUR 0.

14. Con decisione dell'11 gennaio 2019, il Ministero dell'Interno ha assegnato l'appalto pubblico composto dal primo lotto all'interveniente e ha respinto l'offerta presentata dalla ricorrente per il motivo che tale offerta era in contrasto con le norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.

15. La ricorrente ha presentato una domanda di riesame di tale decisione. Nel contesto del procedimento preliminare al riesame, il Ministero dell'Interno ha respinto tale domanda in data 5 febbraio 2019. L'11 febbraio 2019 quest'ultimo ha adito la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, Slovenia), giudice del rinvio nella presente causa, affinché si pronunciasse sulla legittimità di detta decisione.

16. La ricorrente sostiene che un'offerta come quella controversa è ammissibile. Essa afferma che, nel contesto dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'offerente ha diritto di stabilire liberamente il prezzo proposto e, di conseguenza, di offrire un servizio gratuitamente. Ciò non significherebbe tuttavia che la ricorrente sia privata di un corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Infatti, essa ritiene che la conclusione del contratto le procurerebbe un vantaggio consistente nell'accesso ad un nuovo mercato e a nuovi utenti.

17. Il Ministero dell'Interno sostiene, invece, che la nozione di «appalto pubblico» di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 non può includere un contratto con il quale l'operatore economico ha proposto di fornire il servizio gratuitamente all'amministrazione aggiudicatrice. Esso considera che il vantaggio che l'operatore economico trae dall'aggiudicazione dell'appalto, ossia il potenziale accesso ad un nuovo mercato e a referenze, non costituisce un corrispettivo per l'esecuzione di un appalto pubblico. Il Ministero dell'Interno sostiene, infatti, che un simile vantaggio rappresenta un valore aggiunto per tutti gli operatori economici che, tuttavia, non è possibile esprimere in valore monetario e, dunque, fatturare all'amministrazione aggiudicatrice. Di conseguenza, il Ministero dell'Interno considera che un'operazione nell'ambito della quale il servizio sarebbe fornito a titolo gratuito non potrebbe condurre alla conclusione di un contratto a titolo oneroso.

18. Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio spiega che il Ministero dell'Interno avrebbe esaminato tale offerta alla luce delle disposizioni relative alle offerte anormalmente basse. Nondimeno, esso avrebbe respinto detta offerta non già per il motivo che sarebbe stata anormalmente bassa o contraria ai principi che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, ma unicamente per il motivo che era dell'importo di EUR 0.

19. Il giudice del rinvio esprime i propri dubbi riguardo all'interpretazione della nozione di «contratto a titolo oneroso» presa in considerazione nell'ambito della definizione degli «appalti pubblici» all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24. Esso rileva, anzitutto, che uno degli elementi essenziali della nozione di «appalti pubblici» oggetto di tale disposizione è il carattere oneroso del contratto concluso tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico. Il giudice del rinvio precisa, in proposito, che la nozione di «appalto pubblico» rileva non soltanto prima della conclusione di un contratto, in quanto impone all'amministrazione aggiudicatrice il rispetto delle norme definite nel contesto della direttiva 2014/24, ma anche dopo la conclusione di quest'ultimo, al fine di valutare se il contratto sia stato effettivamente concluso nel rispetto di dette norme.

20. Il giudice del rinvio si chiede, poi, se e, eventualmente, in che misura un contratto con il quale l'operatore economico si impegna a fornire gratuitamente all'amministrazione aggiudicatrice il servizio oggetto del bando di gara d'appalto in assenza di vantaggi diversi dall'accesso ad un

nuovo mercato e dall'ottenimento di referenze possa essere qualificato come «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24. Tale giudice ammette che l'aggiudicazione di un appalto pubblico e la concessione di referenze possono rappresentare, di per sé, un vantaggio per detto operatore. Tale vantaggio non sarebbe quantificabile, da un punto di vista economico, al momento dell'assegnazione dell'appalto; nondimeno, sarebbe idoneo a costituire un vantaggio economico futuro legato all'esecuzione del contratto.

21. Tuttavia, il giudice del rinvio ammette anche che, in una situazione in cui l'amministrazione aggiudicatrice non retribuisce l'operatore economico per la fornitura del servizio, è possibile che il contratto concluso non sia un contratto di esecuzione di un appalto pubblico, in quanto si tratterebbe di un contratto concluso a titolo gratuito, che assume, ad esempio, la forma di una donazione. Infine, esso si chiede, in tali circostanze, se l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 possa costituire la base giuridica di una decisione di rigetto dell'offerta presentata dall'operatore economico.

22. In tale contesto, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sussista una "onerosità del rapporto contrattuale" quale elemento di un appalto pubblico nel senso di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, nel caso in cui la stazione appaltante non sia tenuta a fornire alcuna controprestazione, ma l'operatore economico, attraverso l'esecuzione dell'appalto, ottenga l'accesso ad un nuovo mercato e delle referenze.

2) Se sia possibile o necessario interpretare l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 in modo tale per cui esso rappresenta un fondamento per il rigetto dell'offerta di un prezzo dell'appalto di EUR 0».

23. Hanno presentato osservazioni scritte la ricorrente, il Ministero dell'Interno, il governo austriaco nonché la Commissione europea.

IV. Analisi

24. Le presenti conclusioni sono articolate nel modo seguente. Inizierò dalla ricevibilità del rinvio in oggetto (A). Esaminerò poi la portata della nozione di «contratto a titolo oneroso» di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 e, soprattutto, la nozione collegata di «corrispettivo» (B). Infine, affronterò la questione se un'offerta dell'importo di EUR 0 sia sempre qualificabile come «offerta anormalmente bassa» per essere esaminata e, all'occorrenza, respinta alla luce delle disposizioni previste all'articolo 69 della direttiva in parola (C).

A. Sulla ricevibilità

25. La ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, a mio avviso, non solleva alcuna difficoltà.

26. Per quanto attiene, in primo luogo, alla competenza della Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici) a proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale, ricordo che la Corte, nella sentenza dell'8 giugno 2017, Medisanus [5], ha dichiarato che essa soddisfa i criteri necessari al fine di essere considerata una «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE [6].

27. Per quanto concerne, in secondo luogo, l'importo dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, è vero che quest'ultimo è inferiore alla soglia di EUR 144 000, prevista all'articolo 4, lettera b), della direttiva 2014/24, applicabile per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali.

28. Tuttavia, il giudice del rinvio spiega che, in sede di recepimento delle disposizioni della citata direttiva nel diritto nazionale, il legislatore sloveno ha deciso che la nozione di «appalto pubblico» di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 1, dello Zakon o javnem naročanju (legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici) [7], del 30 maggio 2015, si applicasse in modo diretto e incondizionato ad appalti il cui valore è inferiore alla soglia definita all'articolo 4 della direttiva 2014/24, in linea di principio esclusi dall'ambito di applicazione di quest'ultima.

29. Conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, detta Dzodzi, l'interpretazione delle disposizioni di un atto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni rientranti nell'ambito di applicazione del diritto nazionale e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione, quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato [8].

30. Nel caso di specie, le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, che non sono contestate da nessuna delle parti che hanno presentato osservazioni, confermano che il legislatore nazionale ha deciso di estendere l'ambito di applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici agli appalti pubblici di modesto valore al fine di garantire, appunto, che le situazioni rientranti nell'ambito di applicazione del diritto nazionale e quelle disciplinate dal diritto dell'Unione siano sottoposte alle medesime norme. Pertanto, la logica sottesa alla sentenza Dzodzi appare pienamente applicabile nella presente causa.

31. In tali circostanze, la Corte può rispondere alle questioni pregiudiziali sottopostele.

B. Contratto «a titolo oneroso»?

32. Il giudice del rinvio invita, in sostanza, la Corte a precisare l'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2014/24. La Corte è chiamata a stabilire se e, eventualmente, in che misura un'operazione con la quale un offerente si impegna a fornire il servizio per l'importo di EUR 0 sia idonea a condurre alla conclusione di un contratto «a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, di tale direttiva e ad essere quindi qualificata come «appalto

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 V. punto 38 di tale sentenza.

7 Uradni list RS, n. 91/15.

8 V. sentenze del 18 ottobre 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, punti da 36 a 42; in prosieguo: la «sentenza Dzodzi»), nonché, più recentemente, del 14 febbraio 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, non pubblicata, EU:C:2019:116, punto 22 e giurisprudenza ivi citata), e del 24 ottobre 2019, Belgische Staat (C-469/18 e C-470/18, EU:C:2019:895, punti 22 e 23 nonché giurisprudenza ivi citata).

pubblico di servizi». In proposito, occorre ricordare che, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, «solo un contratto stipulato a titolo oneroso può rappresentare un appalto pubblico che ricade nell'ambito della direttiva 2004/18» [9].

33. Per rispondere alla prima questione pregiudiziale, si deve stabilire se la nozione di «contratto a titolo oneroso» sia idonea a ricomprendere un'operazione con la quale un offerente formula un'offerta dell'importo di EUR 0, secondo un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica. Occorre inoltre valutare se la giurisprudenza della Corte permetta, in proposito, di chiarire i termini della discussione precisando le caratteristiche essenziali di un simile contratto.

1. «Contratto a titolo oneroso» ai sensi delle disposizioni della direttiva 2014/24

34. La formulazione letterale dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 non basta per offrire un'interpretazione chiara della nozione di «contratto a titolo oneroso». Il livello testuale mette piuttosto in evidenza fin d'ora la molteplicità delle interpretazioni e possibili significati di «a titolo oneroso».

35. Da un lato, alcune versioni linguistiche rinviano alla condizione dell'onerosità [10]. Il ragionamento sotteso sarebbe semplicemente che qualcosa dev'essere dato in cambio. Dall'altro lato, altre versioni linguistiche appaiono più restrittive: questo qualcosa che dovrebbe essere dato in cambio dall'amministrazione aggiudicatrice sembra avere una natura specificamente pecuniaria [11], vale a dire in denaro. Altre versioni linguistiche, per parte loro, sembrano collocarsi in una posizione intermedia [12].

36. Tuttavia, forse non si dovrebbe attribuire eccessiva importanza in questa sede alla formulazione letterale della direttiva 2014/24, considerato che alcune versioni linguistiche di tale direttiva utilizzano anche termini differenti per tradurre la nozione di «contratto a titolo oneroso», a seconda che essa compaia nei considerando 4 e 70 oppure all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, di detta direttiva.

37. Sfortunatamente, neppure gli *argomenti intrasistematici* (con riferimento alla direttiva 2014/24) sono di grande aiuto. All'articolo 1, paragrafo 2, di tale direttiva, il legislatore dell'Unione ha precisato che «si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici *acquisiscono*, mediante appalto pubblico, (...) servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che (...) i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno» [13].

38. Tale disposizione dev'essere interpretata alla luce del considerando 4 della direttiva 2014/24, nel quale il legislatore dell'Unione ha dichiarato che «[l]a normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'*acquisizione* di (...) prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto

[9] V. sentenze del 25 marzo 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punto 47), e del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punto 43). Ricordo che la direttiva 2014/24 ha abrogato la direttiva 2004/18.

[10] In particolare, le versioni in lingua spagnola («oneroso»), francese («à titre onéreux»), italiana («a titolo oneroso»), portoghese («a título oneroso») e rumena («cu titlu oneros»).

[11] In particolare, le versioni in lingua inglese («for pecuniary interest») e croata («financijski interes»).

[12] Come le versioni in lingua ceca e slovacca (in cui la nozione di «úplatné smlouvy» o i termini «odplatné zmluvy» significano prima di tutto pagamento come corrispettivo, ma possono anche essere interpretati come comprensivi dei corrispettivi non pecuniari) o, ancora, la versione in lingua svedese che utilizza l'espressione «kontrakt med ekonomiska villkor», che rinvia al valore economico del contratto.

[13] Il corsivo è mio.

pubblico» [14]. Lo stesso legislatore ha, peraltro, aggiunto che «a tali acquisizioni di (...) prestazioni di servizi dovrebbe essere applicata la [citata] direttiva se effettuate tramite acquisto, locazione finanziaria o altre forme contrattuali». In questa sede è essenziale rilevare che la nozione di «acquisizione», secondo il legislatore dell'Unione, deve «essere intesa in senso ampio, ossia nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici ottengono i vantaggi dei (...) servizi in questione».

39. Se l'*obiettivo* principale del diritto degli appalti pubblici doveva essere disciplinare l'acquisizione dei beni o servizi da parte delle autorità pubbliche, allora l'impianto sistematico e la ratio della direttiva 2014/24 non permettono di individuare realmente le caratteristiche della condizione dell'onerosità alla quale l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, di tale direttiva fa riferimento. La nozione di «acquisizione» è sufficientemente ampia per essere agnostica per quanto attiene alle modalità di tale acquisizione, posto che l'essenziale è che i beni o servizi siano in definitiva ottenuti dalle amministrazioni aggiudicatrici. Orbene, i beni ed i servizi possono essere legalmente acquisiti in diverse maniere.

40. Pertanto, una semplice interpretazione letterale e sistematica non basta per cogliere il significato di «contratto a titolo oneroso» e, in particolare, la nozione chiave di «corrispettivo» che si cela dietro il concetto stesso di contratto: qual è concretamente la natura del corrispettivo che dev'essere fornito dall'amministrazione aggiudicatrice affinché l'appalto pubblico possa essere ritenuto valido?

2. Interpretazione giurisprudenziale della nozione di «contratto a titolo oneroso»

41. La Corte dichiara che, conformemente al senso giuridico abituale della nozione di «contratto a titolo oneroso» utilizzata per la definizione degli appalti pubblici, tali termini designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti s'impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione [15]. L'esistenza di un «corrispettivo» o di una «controprestazione» a carico dell'amministrazione aggiudicatrice e dunque di un rapporto sinallagmatico costituiscono per la Corte elementi decisivi al fine di valutare l'esistenza di un contratto stipulato a titolo oneroso [16].

42. La citata giurisprudenza si inserisce nella corrente patrocinata dalla Corte in altri settori del diritto, in particolare in materia di operazione assoggettabile all'imposta sul valore aggiunto (IVA). Così, nella sentenza del 18 gennaio 2017, SAWP [17], la Corte ha ricordato che una prestazione di servizi è effettuata a titolo oneroso, ai sensi della direttiva 2006/112/CE [18], soltanto se esiste tra il prestatore e il beneficiario un rapporto giuridico nel corso del quale vengono scambiate prestazioni reciproche; la retribuzione percepita dal prestatore costituisce l'effettivo controvalore del servizio fornito al beneficiario [19]. La Corte ha dichiarato che «ciò si verifica quando sussiste un nesso diretto tra il servizio reso e il controvalore ricevuto, quando cioè le somme versate costituiscano l'effettivo corrispettivo di un servizio individualizzabile fornito nell'ambito di un siffatto rapporto giuridico» [20].

[14] Il corsivo è mio.

[15] V., in particolare, sentenze del 18 gennaio 2007, Auroux e a. (C-220/05, EU:C:2007:31, punto 45), e del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punto 28).

[16] V., a tal fine, sentenza del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punto 43 e giurisprudenza ivi citata), a proposito dell'interpretazione della nozione di «appalto pubblico» di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18.

[17] C-37/16, EU:C:2017:22.

[18] Direttiva del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (GU 2006, L 347, pag. 1).

[19] V. sentenza del 18 gennaio 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

[20] Sentenza del 18 gennaio 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

43. Nondimeno, bisogna riconoscere che coesistono due correnti giurisprudenziali per quanto attiene alla natura del corrispettivo richiesto al fine di soddisfare la condizione dell'onerosità. Queste due correnti rispecchiano, in una certa misura, le divergenze letterali dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 [21].

44. La prima corrente privilegia un'interpretazione restrittiva del criterio oneroso del contratto, esigendo il versamento di una remunerazione o di un prezzo in denaro da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

45. Così, nella sentenza del 13 luglio 2017, Malpensa Logistica Europa [22], la Corte ha escluso la qualificazione come «appalto di servizi» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17 e l'applicazione delle relative norme per un contratto con il quale l'ente gestore dell'aeroporto di Milano Malpensa (Italia) non aveva acquisito il servizio fornito dal prestatore in cambio di un corrispettivo [23]. In tale sentenza, la Corte ha fatto espresso riferimento all'approccio difeso dalla Commissione, secondo la quale l'onerosità del rapporto contrattuale nato da un appalto di servizi significava chiaramente che quest'ultimo doveva comportare una remunerazione versata direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di «acquisire» un servizio direttamente presso un prestatore.

46. La seconda corrente giurisprudenziale tende, invece, a difendere un'interpretazione più estensiva della condizione dell'onerosità nel senso di «corrispettivo» [24] o di «controprestazione» [25]. Si tratta della corrente maggioritaria, a cui aderisce anche la Commissione nel suo Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, del 30 aprile 2004 [26].

47. Secondo tale corrente giurisprudenziale, la nozione di «onerosità» non implica necessariamente il versamento di una somma di denaro da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. La Corte considera quindi che possono essere conclusi a titolo oneroso e rientrare nella qualificazione di «appalti pubblici» i contratti nei quali la prestazione è retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito o ancora l'esenzione da oneri. Ciò vale anche quando i corrispettivi versati non permettono di compensare i costi sostenuti dall'offerente [27].

48. Due sentenze sono particolarmente esemplificative in proposito.

[21] V. paragrafo 35 delle presenti conclusioni.

[22] C-701/15, EU:C:2017:545. Tale sentenza riguarda l'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della 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). In forza di tale articolo, gli «appalti di forniture, di lavori e di servizi» sono «contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto».

[23] V. punto 29 di tale sentenza.

[24] V., in proposito, sentenze del 25 marzo 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 47 a 52), nonché del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punto 43).

[25] Sentenza del 12 luglio 2001, Ordine degli Architetti e a. (C-399/98, EU:C:2001:401, punti da 77 a 86).

[26] COM(2004) 327 definitivo. Al punto 10 di tale libro verde, la Commissione spiega che «il carattere oneroso del contratto in causa non implica obbligatoriamente il pagamento diretto di un prezzo da parte del partner pubblico, ma può derivare da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal partner privato».

[27] V. considerazioni svolte dalla Corte nella sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), secondo le quali un contratto di vendita di terreno può costituire un appalto pubblico di lavori, sebbene, all'infuori della cessione di detto terreno, l'amministrazione aggiudicatrice non fornisca alcun corrispettivo alla controparte.

49. Nella sentenza del 12 luglio 2001, Ordine degli Architetti e a.[28], la Corte ha dichiarato che la valutazione degli elementi che compongono la definizione della nozione di «appalti pubblici di lavori» ai sensi della direttiva 93/37/CEE[29] doveva essere effettuata in modo da assicurare l'effetto utile di tale testo normativo e, in particolare, in modo da promuovere una concorrenza effettiva mediante la pubblicità dei bandi di gara[30]. La Corte ha quindi ammesso l'onerosità del contratto e la qualificazione come «appalto pubblico di lavori» in una situazione nella quale l'operatore economico, titolare della concessione edilizia, realizza l'opera dietro *esenzione dal contributo per gli oneri di urbanizzazione* impostogli dalla normativa nazionale. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato che l'elemento relativo al carattere oneroso del contratto doveva ritenersi soddisfatto in quanto, realizzando i lavori in questione, l'operatore economico estingueva un debito di pari valore, che sorgeva in favore del Comune[31].

50. Nella sentenza del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy[32], la Corte ha altresì dichiarato che «un contratto che preveda uno scambio di prestazioni rientra nella nozione di appalto pubblico anche nel caso in cui la remunerazione prevista sia limitata al *rimborso parziale delle spese sostenute per fornire il servizio concordato*»[33]. In tale sentenza, la Corte ha sottolineato che un contratto mediante il quale un operatore economico si impegna a fabbricare e a fornire un prodotto a diverse amministrazioni quale corrispettivo di un finanziamento interamente finalizzato alla realizzazione di tale obiettivo rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, «*quand'anche i costi di fabbricazione e di distribuzione del suddetto prodotto non siano interamente compensati* dalla sovvenzione di cui sopra ovvero dalle spese di trasporto che possono essere fatturate alle amministrazioni summenzionate»[34].

51. Si deve osservare che questo stesso approccio è stato difeso dall'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni nella causa Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[35]. Infatti, tale causa solleva, in particolare, la questione se la messa a disposizione di un software pattuita per iscritto tra due amministrazioni aggiudicatrici abbia carattere oneroso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, qualora il cessionario del software non sia tenuto a versare alcun prezzo né rimborso delle spese per quest'ultimo, ma sia tenuto, in linea di principio, a mettere gratuitamente a disposizione dell'altro i successivi sviluppi e adattamenti del software medesimo.

52. Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale ha ritenuto che la condizione dell'onerosità fosse soddisfatta. Da un lato, ha rilevato che il corrispettivo, ossia i futuri adattamenti e sviluppi del software, ha un valore economico. Dall'altro lato, egli ha considerato che tale corrispettivo costituisce un impegno esigibile, in quanto è indispensabile per la prestazione del servizio pubblico che deve essere svolto da detti enti[36].

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Direttiva del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU 1993, L 199, pag. 54).

30 Punto 52 di tale sentenza.

31 Va osservato che la Corte non ha seguito l'approccio difeso dall'avvocato generale Léger nelle sue conclusioni nella causa Ordine degli Architetti e a. (C-399/98, EU:C:2000:671), il quale riteneva che il criterio dell'onerosità non fosse soddisfatto.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Punto 29 di tale sentenza e giurisprudenza ivi citata. Il corsivo è mio. V., altresì, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29); del 13 giugno 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31), e dell'11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 37).

34 Punto 31 di detta sentenza. Il corsivo è mio.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 V., in proposito, considerazioni contenute ai paragrafi da 52 a 63 di tali conclusioni.

3. Nozione estensiva di «corrispettivo» e suoi limiti

53. Quella che ritengo essere la corrente giurisprudenziale dominante (corrente alla quale aderisco in toto) può essere così sintetizzata.

54. In primo luogo, la natura del corrispettivo, inerente alla condizione dell'onerosità, che è concesso dall'amministrazione aggiudicatrice può assumere forme diverse da un prezzo pagato in denaro. Non vi è dunque necessariamente bisogno di un trasferimento di una somma di denaro. Sono concepibili altri tipi di pagamento, anche di natura non monetaria.

55. In secondo luogo, il corrispettivo deve presentare un certo valore economico senza tuttavia dover corrispondere esattamente al valore dei beni o servizi forniti. Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente possono accordarsi sulla possibilità di effettuare il pagamento in differenti forme, a condizione che esse abbiano un valore economico chiaro.

56. In terzo luogo, la natura e il contenuto del corrispettivo che deve essere corrisposto dall'amministrazione aggiudicatrice devono risultare dal contratto quale obbligo giuridico diretto ed esecutivo che discende dal contratto stesso. È in tale contesto che interpreto il riferimento della Corte nonché quello dell'avvocato generale Mengozzi alla *natura sinallagmatica* dell'appalto pubblico che si traduce nella *creazione di obblighi giuridicamente vincolanti* per le due parti del contratto [37].

57. Pertanto, al fine di stabilire se il contratto comporti un corrispettivo (e, conseguentemente, se la condizione dell'onerosità prevista all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 sia soddisfatta), sono del parere che il punto focale dell'analisi non sia l'esatta somma di denaro inserita nel contratto. Si tratta piuttosto di sapere se, sulla base di tale contratto, le due parti contraenti si trovino vincolate da un rapporto di obblighi giuridici reciproci che ciascuna può far eseguire nei confronti dell'altra e nel contesto dei quali l'amministrazione aggiudicatrice fornisce almeno un corrispettivo chiaro e preciso di natura economica.

58. Un simile approccio sposta, deliberatamente, i termini della discussione dall'esatta natura del «corrispettivo» richiesto alla più ampia questione della definizione del contenuto preciso degli obblighi reciproci a carico di ciascuna delle parti. Mentre è possibile che la nozione di «corrispettivo» sia estremamente variabile da un paese all'altro in Europa [38], sembra esservi un ampio consenso riguardo al fatto che la formazione del contratto esige che le parti si accordino in maniera sufficientemente precisa sui termini del contratto, il che presuppone la chiarezza dei diritti e degli obblighi reciproci di ciascuno affinché il contratto possa essere eseguito [39]. Sotto un

[37] V. sentenza del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punto 43), che si è conformata, a sua volta, alle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, paragrafo 36). V. nota a piè di pagina 16 delle presenti conclusioni.

[38] Dimostrando che i regimi giuridici dei contratti risultano caratterizzati da una notevole diversità, v., in particolare, Kötz, H., «Comparative Contract Law» in Reimann, M., e Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pagg. da 902 a 932, in particolare pagg. da 910 a 912, o Chloros, A.G., «The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis», *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 1968, vol. 17, n. 1, pagg. da 137 a 166.

[39] V., in particolare, articoli 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) e 2:103 (Sufficient Agreement) dei «Principles of European Contract Law» (Principi del diritto europeo dei contratti) (v. Lando, O., e Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, L'Aja, 2000); o articoli II.–I:101(I) (definizione di contratto) e III.–I:102(4) (sul carattere reciproco delle obbligazioni) del *Draft Common Frame of Reference* (progetto di quadro comune di riferimento) (v. von Bar, C., e a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference*: *outline edition*, Sellier European Law Publishers, Monaco di Baviera, 2009). V. altresì, in tal senso, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, collezione «Droit comparé et européen», Parigi, 2008, vol. 6, pag. 25, realizzato dall'Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française e dalla Société de législation comparée.

certo profilo, tale discussione riconduce al diritto romano delle origini e alla distinzione di base, tuttora vigente nei sistemi giuridici di civil law, tra rapporti giuridici sinallagmatici (ad esempio, i contratti) e unilaterali (ad esempio, le donazioni e le liberalità).

59. Un contratto a titolo oneroso è dunque, prima di tutto, un contratto sinallagmatico che implica che le parti si impegnino l'una nei confronti dell'altra ad effettuare prestazioni che siano precise e reciproche. La natura di tali prestazioni dev'essere determinata fin dalla formazione del contratto. Dette prestazioni devono essere esecutive sulla base di tale contratto. Invece, il corrispettivo esigibile è più flessibile. Esso non deve necessariamente consistere in una compensazione di natura monetaria. Ciò che conta è che tale corrispettivo sia chiaro, preciso ed esecutivo sulla base del contratto sottoscritto.

4. Applicazione al caso di specie

60. Contrariamente alle cause oggetto della giurisprudenza citata nelle presenti conclusioni, si deve osservare, in via preliminare, che, nel caso di specie, non esiste un contratto concluso tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente, in quanto la causa è stata portata dinanzi al giudice nazionale nella fase in cui l'offerta formulata da quest'ultimo è stata respinta. In tale fase della procedura, non esistono dunque disposizioni contrattuali attestanti l'eventuale esistenza di un corrispettivo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, in qualsivoglia forma.

61. La questione alla quale la Corte deve rispondere è dunque se, in una situazione nella quale l'offerta dell'offerente implica l'assenza di qualsiasi remunerazione diretta del servizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, il vantaggio che l'offerente può aspettarsi in forza dell'assegnazione dell'appalto stesso possa costituire un «corrispettivo» idoneo a permettere la conclusione di un contratto a titolo oneroso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24.

62. Alla luce delle circostanze di fatto della presente causa, come presentate dal giudice del rinvio, non vedo in cosa potrebbe consistere un simile corrispettivo, anche adottando l'accezione assai ampia di tale nozione accolta nella sezione precedente. Nel contesto della presente causa potrebbero venire in rilievo tre vantaggi potenziali: anzitutto, maturare un'esperienza rilevante; inoltre, ottenere referenze per futuri appalti; infine, crearsi una reputazione per future gare d'appalto che possono essere indette dalla medesima amministrazione aggiudicatrice per altri lotti.

63. In primo luogo, fare un'esperienza rilevante è certamente importante per i nuovi entranti o per le piccole e medie imprese desiderose di svilupparsi. Non si tratta tuttavia chiaramente di un corrispettivo che l'amministrazione aggiudicatrice fornisce in cambio. È un semplice fatto giuridico che discende dall'assegnazione dell'appalto.

64. In secondo luogo, è altresì innegabile che ottenere referenze possa costituire un vantaggio. Tali referenze possono svolgere un ruolo strategico nella futura assegnazione di appalti pubblici. Si deve tuttavia constatare che la concessione di referenze non basta a dimostrare il carattere sinallagmatico del contratto previsto. Essa non costituisce, infatti, un obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, cosicché non costituisce un corrispettivo esigibile da parte di quest'ultima. Tale vantaggio è una condizione la cui realizzazione è aleatoria e incerta in quanto le referenze di cui l'impresa potrà avvalersi in futuro dipendono in realtà da circostanze di fatto connesse alla buona esecuzione dell'appalto. Non vi è dunque alcuna garanzia riguardo alle referenze di cui l'offerente potrà avvalersi. Si tratta di una semplice speculazione sul contratto.

65. In terzo luogo, la decisione di rinvio spiega che, nel caso di specie, l'appalto era composto da due lotti [40]. La gara d'appalto che viene qui in rilievo riguardava soltanto il primo lotto. Non è stata fornita alcuna informazione aggiuntiva per quanto attiene all'eventuale rapporto tra il primo e il secondo lotto. Tuttavia, sarebbe difficilmente concepibile che una simile situazione svolga un ruolo nella definizione del corrispettivo come obbligo giuridico che l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe nei confronti dell'offerente relativamente ai due lotti. Non è certamente auspicabile né accettare né promuovere una politica, esplicita o implicita, in base alla quale un'impresa depositi un'offerta ampiamente inferiore ai costi, incluso l'importo di EUR 0, nel contesto di un lotto sperando al contempo di traslare successivamente tali costi al momento dell'assegnazione di un secondo lotto che compone l'appalto.

66. In sintesi, nessuno dei tre scenari corrispondenti ai potenziali «vantaggi» che possono essere addotti a titolo di corrispettivo ricevuto da un offerente che propone di fornire gratuitamente taluni servizi rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24. In nessuna di tali ipotesi vi è un corrispettivo la cui esecuzione potrebbe essere legalmente richiesta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nel contesto del contratto. Il comune denominatore di tali vantaggi si riassume nel fatto che sono tutti una scommessa sul futuro.

67. In conclusione, si potrebbe aggiungere che quest'ultimo elemento di fatto permette di distinguere chiaramente la presente causa dall'approccio ancora più flessibile relativo al corrispettivo e all'onerosità adottato, ad esempio, dall'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni nella causa Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [41]. Infatti, specialmente in un settore piuttosto dinamico come quello dello sviluppo di software, è possibile concepire un certo numero di corrispettivi abbastanza atipici. In tal senso, il primo software potrebbe essere fornito gratuitamente, contrariamente ai suoi futuri sviluppi; l'amministrazione aggiudicatrice può effettuare un pagamento in natura trasmettendo in cambio i propri dati, affinché il programmatore possa utilizzarli in successive applicazioni; l'amministrazione aggiudicatrice può promettere di fornire un feedback ad intervalli regolari, così permettendo allo sviluppatore di perfezionare il suo prodotto e di accrescerne la commercializzazione, etc. L'insieme di tali situazioni potrebbe dar luogo alla conclusione di contratti a titolo oneroso, nel momento in cui detti obblighi risultino chiaramente dall'accordo concluso con l'amministrazione aggiudicatrice e definiscano un corrispettivo giuridicamente esecutivo, quantunque non sia, in effetti, sempre agevole assegnare un prezzo a ciascun corrispettivo concreto.

68. Invece, nella presente causa, nessun corrispettivo distinto a carico dell'amministrazione aggiudicatrice discende da un obbligo chiaro ed esecutivo risultante dal contratto che si prevede di concludere. Il primo «vantaggio» è semplicemente un fatto giuridico automatico. Il secondo è meramente speculativo e incerto. Quanto al terzo, anche se dovesse essere previsto, sarebbe altamente problematico. Pertanto, in assenza di corrispettivo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, lo stipulando contratto non può essere qualificato come «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24.

[40] V. paragrafo 11 delle presenti conclusioni.

[41] C-796/18, EU:C:2020:47. V. paragrafi 51 e 52 delle presenti conclusioni.

C. Un'offerta dell'importo di EUR 0 è un'offerta anormalmente bassa?

69. Quanto alla seconda questione pregiudiziale, essa richiede di individuare la base giuridica sulla quale fondare il rigetto di un'offerta, come quella di cui trattasi, dell'importo di EUR 0.

70. Sebbene il giudice del rinvio concentri la propria questione sulle disposizioni previste all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, ricordo nondimeno che, secondo le indicazioni da esso fornite, il Ministero dell'Interno avrebbe esaminato l'offerta controversa alla luce delle disposizioni dedicate alle «offerte anormalmente basse», previste all'articolo 69 della direttiva in parola. Quest'ultimo avrebbe tuttavia respinto l'offerta della ricorrente non perché fosse anormalmente bassa o non permettesse di soddisfare i requisiti e gli obblighi enunciati nel bando di gara, ma perché era dell'importo di EUR 0.

71. La seconda questione sollevata dal giudice del rinvio è quindi di natura procedurale: se un'amministrazione aggiudicatrice riceve un'offerta che propone EUR 0 nella casella «prezzo», (i) l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere l'offerta direttamente sulla base dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 in quanto nessuna offerta di questo tipo potrebbe mai condurre alla conclusione di un valido appalto pubblico? Oppure (ii) una simile offerta dev'essere altresì esaminata conformemente alla procedura relativa alle offerte anormalmente basse prevista all'articolo 69 della direttiva 2014/24?

72. Tenuto conto della risposta proposta per la prima questione del giudice del rinvio (il corrispettivo esigibile nel contesto di un appalto pubblico non implica necessariamente un trasferimento diretto di denaro, ma può essere un corrispettivo in natura nel momento in cui presenti almeno un certo valore economico), la logica risposta alla seconda questione pregiudiziale è quella suggerita da (ii): anche un'offerta che proponga un prezzo nominale di EUR 0 dev'essere trattata come un'offerta anormalmente bassa.

73. In primo luogo, la procedura di cui all'articolo 69 della direttiva 2014/24 riguarda le fasi dell'offerta e della negoziazione. In tale articolo, il legislatore dell'Unione esige, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice offra all'offerente la possibilità di spiegare l'importo della propria offerta e di dimostrarne la serietà. Esso impone, poi, che l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto non soltanto delle giustificazioni fornite, in particolare di quelle che fanno riferimento all'economia della prestazione, alle soluzioni tecniche prescelte o ancora alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui quest'ultimo dispone per fornire il servizio pattuito [42], ma anche di tutti gli elementi rilevanti con riferimento alla prestazione di cui trattasi e agli obblighi associati alla sua realizzazione [43].

74. Pertanto, a meno che la natura dell'appalto o l'offerta stessa non indichino senza ambiguità che non è concepibile un altro corrispettivo e che, conseguentemente, è inutile permettere all'offerente di fornire spiegazioni sulla sua offerta, non si può escludere che lo stipulando contratto possa, in definitiva, essere un contratto «a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24.

75. Tutto ciò ricorda il paradosso del gatto di Schrödinger. Fintantoché la scatola non è aperta e il suo contenuto esaminato, non si può escludere che il gatto che si trova all'interno sia vivo. Analogamente, fintantoché l'amministrazione aggiudicatrice non offre all'offerente, sulla base dell'articolo 69 della direttiva 2014/24, l'opportunità di spiegare la logica e la struttura dei costi

[42] Tali giustificazioni sono enunciate all'articolo 69, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.

[43] V. sentenza del 16 maggio 2019, Transtec/Commissione (T-228/18, EU:T:2019:336, punto 69 e giurisprudenza ivi considerata).

che determinano la sua offerta, non si può escludere che l'offerta di cui trattasi possa dar luogo alla conclusione di un appalto pubblico, lasciando impregiudicato, in fin dei conti, il rigetto dell'offerta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, un simile rigetto non può fondarsi puramente e semplicemente sul fatto che un'offerta nominale di EUR 0 non soddisfa la condizione di onerosità prevista all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, di tale direttiva.

76. In secondo luogo, si deve constatare che la direttiva 2014/24 non definisce la nozione di «offerta anormalmente bassa» e non precisa l'importo numerico che quest'ultima comprende [44]. I termini utilizzati dal legislatore dell'Unione sono generici, mentre la Corte impiega parimenti i termini «modicità del prezzo proposto [nell']offerta» [45].

77. Dalla giurisprudenza della Corte risulta tuttavia che essa si oppone all'introduzione di un criterio di esclusione matematico. La Corte tende a favorire una concorrenza effettiva conformemente agli obiettivi delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Nella sentenza del 22 giugno 1989, Costanzo [46], la Corte ha dichiarato che un criterio di esclusione matematico privava i partecipanti alla gara che avessero presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si trattava di offerte serie e, di conseguenza, contrastava con lo scopo della direttiva 71/305/CEE [47], che consisteva nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici.

78. Tenuto conto di tali elementi, risulta quindi che nulla osta a che la nozione di «offerta anormalmente bassa» possa includere un'offerta dell'importo di EUR 0. Certamente, un importo di «EUR 0» somiglia ad una sorta di barriera psicologica. Nondimeno, in termini economici, nulla giustifica che la si distingua da un'offerta dell'importo di EUR 10 o di EUR 100, nel momento in cui tutte dette offerte siano inferiori ai costi dell'appalto.

79. In terzo ed ultimo luogo, è indubbio che un certo numero di argomenti aggiuntivi potrebbe militare a favore del rifiuto di esaminare offerte a EUR 0. Permettere simili offerte potrebbe, infatti, contrastare con l'obiettivo di *trasparenza* in materia di fondi pubblici e di lotta contro la corruzione: i costi effettivi ed i successivi pagamenti sarebbero semplicemente trasferiti e dissimulati in altre transazioni parallele. Analogamente, mentre un simile approccio sembrerebbe, a prima vista, benefico per i *bilanci pubblici*, un appalto pubblico concluso al prezzo nominale di EUR 0 potrebbe, in definitiva, rivelarsi piuttosto dispendioso e difficile da eseguire per l'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, condurre ad un aumento dei costi anziché a pagare semplicemente il prezzo adeguato fin dall'inizio. Inoltre, una prassi di prezzi predatori sponsorizzata dalle amministrazioni aggiudicatrici potrebbe destare alcune preoccupazioni con riferimento al *diritto della concorrenza*.

80. In ogni caso, a prescindere dalla legittimità di tali preoccupazioni, gli stessi argomenti potrebbero essere utilizzati in senso opposto, vale a dire a favore dell'esame di simili offerte [48]. Nondimeno, soprattutto, tutti i suesposti argomenti potrebbero essere utilizzati anche rispetto a

[44] Nella sentenza del 18 dicembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), la Corte ha così ricordato che spetta 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» (punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

[45] V., in proposito, sentenza del 18 dicembre 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, punto 46).

[46] 103/88, EU:C:1989:256, punto 18.

[47] Direttiva del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU 1971, L 185, pag. 5).

[48] In particolare, per quanto concerne la concorrenza, si potrebbe affermare che tali norme in realtà sono favorevoli alla concorrenza: è probabile che le piccole e medie imprese nonché le start-up abbiano costi fissi meno elevati e possano integrare margini nulli per un certo contratto. In siffatte circostanze, offerte dell'importo di EUR 0 possono rivelarsi concorrenziali, permettendo a tali piccole imprese di entrare sul mercato.

qualsiasi esame di offerte anormalmente basse. Considerazioni identiche a quelle accennate nel precedente paragrafo delle presenti conclusioni si applicherebbero indistintamente a qualsiasi offerta anormalmente bassa: ciò varrebbe, ad esempio, per un appalto stimato nel valore di EUR 150 000, nel caso di un'offerta di EUR 1 000, di EUR 101 o dell'importo simbolico di EUR 1. Quand'anche tutte le summenzionate offerte fossero inferiori ai costi effettivi, l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe respingerle automaticamente. Essa deve esaminarle secondo la procedura specificamente prevista a tal fine all'articolo 69 della direttiva 2014/24.

81. Se una simile scelta legislativa è stata effettuata dal legislatore dell'Unione nel contesto del diritto degli appalti pubblici dopo aver soppesato tutti i vantaggi e gli inconvenienti inerenti alle offerte anormalmente basse, non trovo un argomento logico che consenta di escludere le offerte dell'importo di EUR 0 da un siffatto schema. Queste ultime devono dunque essere trattate allo stesso modo. Pertanto, se la Corte dovesse accettare la mia proposta con riferimento alla prima questione (un «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 non esige necessariamente il pagamento di una somma di denaro, ma può implicare un corrispettivo in natura a carico dell'amministrazione aggiudicatrice), allora l'importo nominale indicato nell'offerta di contratto non sarebbe decisivo.

82. Di conseguenza, ritengo che l'amministrazione aggiudicatrice debba esaminare un'offerta dell'importo di EUR 0 alla luce delle condizioni enunciate all'articolo 69 della direttiva 2014/24 al fine, se del caso, di respingerla per il motivo, in particolare, che essa non può condurre alla conclusione di un contratto a titolo oneroso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della medesima direttiva, per il fatto che nessun corrispettivo di natura economica sarebbe fornito dall'amministrazione aggiudicatrice nel contesto di una procedura di gara d'appalto.

V. Conclusione

83. Propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, Slovenia) nel modo seguente:

1) La nozione di «contratto a titolo oneroso» di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017, dev'essere interpretata nel senso che non consente di qualificare come «appalto pubblico di servizi» un'operazione con la quale l'offerente propone all'amministrazione aggiudicatrice di fornire il servizio per un importo di EUR 0, in quanto le parti del contratto non pattuiscono un corrispettivo avente un valore economico a carico dell'amministrazione aggiudicatrice.

2) Un'offerta al prezzo di EUR 0 dev'essere esaminata conformemente alle disposizioni previste all'articolo 69 della direttiva 2014/24, come modificata dal regolamento delegato 2017/2365, relativo alle offerte anormalmente basse, se del caso dopo aver ottenuto dall'offerente informazioni aggiuntive in ordine all'esatta natura del corrispettivo avente valore economico a carico dell'amministrazione aggiudicatrice. Una simile offerta dev'essere respinta nell'ipotesi in cui non permetta di condurre, nello specifico contesto di una procedura di gara d'appalto, alla conclusione di un «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, di tale direttiva.