

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO  
1 / 2021

GENNAIO - MARZO

## Esclusione di un'offerta pari a € 0.00. Cosa ne pensa la Corte di Giustizia UE – Causa C-367/19

*Giacomo Pisani*

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-1-10

*Il contributo vuole analizzare la sentenza C-367/19 con la quale la Corte di Giustizia si è espressa sull'annoso problema che affligge il sistema degli appalti pubblici: le offerte degli operatori economici pari a € 0 e il fondamento giuridico della loro esclusione. Il caso trattato dalla Corte riguarda il rinvio pregiudiziale proposto dalla Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici slovena sulla possibilità di fondare il provvedimento di esclusione di un'offerta pari a € 0 sull'articolo 2, par. 1, § 5, della direttiva 2014/24/UE.*

### ***Rejection of the tender at a price of EUR 0.00. What the Court of Justice thinks – Case C-367/19***

*The paper aims to analyze the judgment C-367/19 with which the Court of Justice expressed itself on the age-old problem that afflicts the public procurement system: the tenders at price of € 0 and the legal basis for their exclusion. The case dealt with by the Court concerns the preliminary ruling proposed by the National Commission for the review of the procedures for the award of public contracts as to whether it was possible to base the provision for the exclusion of a bid at price of € 0 on Article 2, par. 1, § 5, of Directive 2014/24 / EU.*

## **1. Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

Con la sentenza C-367/19, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale proposto dalla Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici<sup>[1]</sup> della Slovenia, rinvio sollevato durante la controversia tra la Tax-Fin-Lex d.o.o. (“Tax”) e il Ministero

dell'Interno<sup>[2]</sup>.

La controversia insorta tra la Tax e il Ministero verteva sull'esclusione dell'offerta della Tax dalla gara di appalto, con base d'asta pari a 39.959,01 €, indetta dal Ministero per l'accesso a un sistema informatico giuridico per un periodo di 24 mesi.

Il Ministero ha escluso l'offerta di Tax perché il prezzo finale di quest'ultima era di € 0 e ciò, secondo il Ministero, «*era contrario alle norme relative agli appalti pubblici*»<sup>[3]</sup>.

La Tax ha proposto domanda di riesame del provvedimento di esclusione, domanda respinta dal Ministero il quale ha rinviato la vertenza dinanzi al Giudice del rinvio il quale, prima di rimettere la questione alla Corte di Giustizia, ha svolto le seguenti valutazioni preliminari.

In primo luogo il Giudice ha osservato che «*sebbene la direttiva 2014/24 non disciplini direttamente la situazione del procedimento principale, il legislatore sloveno ha deciso, [...], che l'espressione "appalto pubblico" avrebbe designato sia gli appalti il cui valore è superiore alla soglia definita in detta direttiva sia quelli il cui valore è inferiore a quest'ultima*»<sup>[4]</sup>.

Dopo di che il Giudice del rinvio è entrato nel merito della questione analizzando l'unico motivo su cui si basava l'esclusione di Tax e cioè quello relativo all'importo dell'offerta proposta. Il Giudice si chiede in primo luogo se «*un contratto possa essere qualificato come "contratto a titolo oneroso", ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non sia tenuta a fornire alcun corrispettivo alla sua controparte*»<sup>[5]</sup>, nonostante questa, dall'aggiudicazione della gara, «*ottenga l'accesso ad un nuovo mercato o a nuovi utenti e, di conseguenza, a referenze, il che può rappresentare per esse un vantaggio economico futuro*»<sup>[6]</sup>.

In secondo luogo il Giudice si pone l'interrogativo se, in un'ipotesi come quella in oggetto, non sussistendo alcun "contratto a titolo oneroso" ex art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24, la medesima disposizione possa «*costituire un fondamento giuridico autonomo che giustifichi il rigetto di un'offerta in cui il prezzo è fissato a EUR 0*»<sup>[7]</sup>, affermando che, se una tale offerta fosse accettata, «*il contratto concluso potrebbe non essere considerato come un contratto di esecuzione di un appalto pubblico*», con la conseguenza che non ci troveremmo più all'interno di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avviata per ottenere un

determinato servizio, bensì in una donazione<sup>[8]</sup>.

Nonostante ciò lo stesso Giudice del rinvio ha sollevato dubbi sull'utilizzo come base giuridica per l'esclusione nel caso ci si trovi dinanzi a offerte pari a € 0 dell'art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24. Infatti egli ha osservato che tale articolo «*definisce la nozione di "appalto pubblico" al fine di determinare i casi in cui tale direttiva si applica senza disciplinare la procedura di aggiudicazione di un appalto*». Infatti, pur nonostante l'amministrazione aggiudicatrice riteneva di dover fornire un corrispettivo per il servizio oggetto dell'appalto, secondo il Giudice «*il comportamento e il contenuto delle loro offerte non potrebbero incidere sulla valutazione preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice*». Il tutto è poi avallato dal fatto che le offerte devono essere esaminate solo alla luce dei requisiti preventivamente definiti e soprattutto che «*le amministrazioni aggiudicatrici organizzerebbero procedure di aggiudicazione di appalti non allo scopo di concludere un contratto a titolo oneroso, bensì al fine di ricevere beni o servizi*», cosa che accadrebbe anche nel caso di specie, accettando l'offerta al prezzo di € 0.

A seguito delle considerazioni appena svolte il Giudice ha quindi sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte di Giustizia 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 a 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»<sup>[9]</sup>.*

## **2. La questione pregiudiziale**

In via preliminare la Corte ha ritenuto applicabile la direttiva appalti anche al caso concreto nonostante l'importo della gara in questione non superi i 144.000,00 € ex art. 4, lett. b), direttiva 2014/24/UE e ciò perché il legislatore sloveno, nel recepire la direttiva nell'ordinamento nazionale, ha ripreso,

all'articolo 2, par. 1, dello ZJN<sup>[10]</sup>, la definizione di appalto pubblico *ex art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24/UE*, cosicché la definizione è applicabile a qualsiasi appalto pubblico disciplinato dallo ZJN, indipendentemente dal suo importo<sup>[11]</sup>. Inoltre, nonostante il caso di specie non rientri tra quelle situazioni di ripetizione nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, in quanto si tratta di un appalto c.d. "sotto soglia"<sup>[12]</sup>, l'intervento interpretativo della Corte è qui giustificato perché «*tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato*»<sup>[13]</sup>, come già statuito dalla giurisprudenza europea<sup>[14]</sup>.

Passando all'analisi delle questioni pregiudiziali sollevate, la Corte le ha raggruppate in un'unica questione, vertente sul fatto se «*l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che esso costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che, poiché il prezzo proposto è pari a EUR 0, l'amministrazione aggiudicatrice non fornirebbe alcun corrispettivo finanziario, mentre tale offerente, con l'esecuzione di detto contratto, otterrebbe unicamente l'accesso ad un nuovo mercato e a referenze che potrebbe far valere nell'ambito di successive gare d'appalto*»<sup>[15]</sup>.

Correttamente il Giudice sovranazionale ha precisato che l'art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24/UE definisce «*appalti pubblici come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici*»<sup>[16]</sup>, aggiungendo che, secondo la giurisprudenza europea<sup>[17]</sup>, per quanto riguarda il senso giuridico del termine a titolo oneroso «*risulta che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione*»<sup>[18]</sup>, per cui il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta «*una caratteristica essenziale di un appalto pubblico*»<sup>[19]</sup><sup>[20]</sup>.

In aggiunta, sulla base anche delle conclusioni dell'Avvocato Generale<sup>[21]</sup>, la Corte ha confermato che il corrispettivo dovuto non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, potendo la prestazione essere «*retribuita con altre forme di corrispettivi*»<sup>[22]</sup>. In questi casi il carattere sinallagmatico non viene meno purché il contratto d'appalto comporti la «*creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del*

*contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale*<sup>[23]</sup>»<sup>[24]</sup>.

Ciò ha la conseguenza che quando ci troviamo dinanzi a un contratto con il quale l'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione come corrispettivo, questo non può rientrare nella nozione di contratto a titolo oneroso ex art. 2, par. 1, § 5, direttiva 24/2014/UE<sup>[25]</sup>.

Concludendo sulla questione dell'onerosità, secondo la Corte ritenere, come fatto dal giudice del rinvio, che «*l'ottenimento di tale contratto possa avere un valore economico per l'offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l'accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze*»<sup>[26]</sup> non può, come anche rilevato dall'Avvocato Generale<sup>[27]</sup>, essere sufficiente «*per qualificare tale contratto come "contratto a titolo oneroso"*»<sup>[28]</sup>.

Dopo aver definito cosa si intenda per onerosità di un contratto pubblico, la Corte si è concentrata sul provvedimento di esclusione, ritenendo che l'articolo 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24/UE, limitandosi «*a definire la nozione di appalti pubblici al fine di determinare l'applicabilità di tale direttiva*»<sup>[29]</sup>, questo articolo «*non può costituire un fondamento giuridico per il rigetto di un'offerta che proponga prezzo di EUR 0*»<sup>[30]</sup>, non consentendo un rigetto automatico di un'offerta presentata in un appalto pubblico.

La Corte ha poi svolto una valutazione su quale possa essere effettivamente il fondamento giuridico di un provvedimento di esclusione di un'offerta che proponga un prezzo pari a € 0.

Ebbene, il Collegio ha ritenuto che l'articolo fondante di un tale provvedimento possa essere l'articolo 69<sup>[31]</sup>, direttiva 2014/24/UE, cioè la disposizione che regola la fattispecie dell'offerta anormalmente bassa.

L'articolo 69, direttiva 2014/24/UE prevede infatti che quando un'amministrazione si trova dinanzi a un'offerta come quella del caso di specie, essa debba seguire la procedura prevista nella presente disposizione, chiedendo, prima di escludere l'operatore, giustificazioni circa l'importo dell'offerta. Il Giudice ha infatti precisato che è dalla stessa «*logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0*»<sup>[32]</sup>.

Alla luce del paragrafo 1 dell'articolo 69, direttiva 2014/24/UE è chiaro che le amministrazioni aggiudicatrici quando si troveranno dinanzi a un'offerta pari a € 0, o comunque anormalmente bassa, non potranno escludere automaticamente

dalla gara la detta offerta bensì dovranno chiedere all'operatore determinate spiegazioni *ex par. 2, art. 69*, le quali contribuiranno alla valutazione globale della sostenibilità dell'offerta. Tanto più che *ex par. 3, art. 69, direttiva 2014/24/UE* le stazioni appaltanti possono escludere l'offerta solo se le giustificazioni fornite e gli elementi di prova forniti «*non giustificano sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti*»<sup>[33]</sup>.

### 3. Conclusioni

La Corte ha quindi concluso statuendo che l'articolo 2, paragrafo 1, § 5, della direttiva 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto di un'offerta di un operatore economico nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico solo per il fatto che il prezzo proposto è pari a € 0. Semmai la valutazione circa l'esclusione deve essere svolta sulla base dell'articolo 69, direttiva 2014/24/UE in quanto la stazione appaltante, dopo le dovute valutazioni basate anche sulle giustificazioni prodotte dell'operatore, ritenga l'offerta anormalmente bassa e quindi non sostenibile.

1. *Drzavna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naro.*
2. *Ministrstvo za notranje zadeve.*
3. C-367/19, § 12.
4. C-367/19, § 14.
5. C-367/19, § 15.
6. C-367/19, § 15.
7. C-367/19 i § 16.
8. Si veda C-367/19, § 17.
9. C-367/19, § 19.
10. *Zakon o javnem naročanju.*
11. C-367/19, § 20.
12. Direttiva 2014/24/UE, art. 4: «*Importi delle soglie. La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie seguenti: a) 5 186 000 EUR per gli appalti pubblici di lavori; b) 134 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III; c) 207 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni*

## CERIDAP

*aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III; d) 750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV».*

13. C-367/, § 21.
14. Si vedano le sentenze del 18 ottobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 e C-197/89, § 36, 37 e 41; sentenze del 24 ottobre 2019, *Belgische Staat*, C-469/18 e C-470/18, § 23.
15. C-367/19, § 23.
16. C-367/19, § 24.
17. Si veda sentenza del 18 ottobre 2018, *IBA Molecular Italy*, C-606/17, § 28.
18. C-367/19, § 25.
19. Si vedano le sentenze del 21 dicembre 2016, *Remondis*, C-51/15, § 43; del 28 maggio 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, C-796/18, § 40; del 18 giugno 2020, *Porin kaupunki*, C-328/19, § 47.
20. C-367/19, § 25.
21. Conclusione dell'Avvocato Generale, § 47.
22. C-367/19, § 26. Il problema della retribuzione con altre forme di corrispettivi si è posto con riguardo ad alcune tipologie di contratti pubblici che, pur non comportando un esborso di denaro per la PA, generano un guadagno per l'operatore economico come evidenziato da R. Chiappa, R. Giovagnoli in *“Manuale di diritto amministrativo”*, Giuffrè, 2018, pag. 752; V. Viti, *Di necessità, virtù: esigenze pubbliche e contratti atipici della pubblica amministrazione*, maggio 2017, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it); Cons. Stato, sez. V, 12.10.2016, n. 4226. A riguardo sono stati elaborati i concetti di onerosità indiretta e di gratuità interessata. In particolare, in merito all'onerosità indiretta il Cons. Stato, sez. V, 3.10.2017, n. 4614, ha affermato che *«la garanzia di serietà e affidabilità (...) non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo economico (...) ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile»*; si vedano anche: Cons. Stato, sez. V, 29.03.2019, n. 2094; Tar Campania – Napoli, sez. III, 10.02.2020, n. 620. Da tale indirizzo, sulla base anche dei principi di diritto sostanziale, si può giungere a concludere che l'onerosità (indiretta) di tali contratti si giustifica nel fatto che non questi non costituiscono atti di “liberalità”. Tale concetto si deve ricollegare a quelle prestazioni compiute al solo scopo di trasferire una propria ricchezza (non solo in termini di denaro) a un altro soggetto, senza che ciò comporti alcun guadagno. La tematica della “gratuità interessata” è emersa in campo civilistico ed è una figura affine all'onerosità indiretta. Il concetto di “gratuità interessata” viene utilizzato per far emergere la causa autentica di un negozio rispetto alla causa apparente. Infatti, molti negozi intrinsecamente gratuiti solo eventualmente sono connessi ad un intento liberale e quando questo manca, il contratto può essere qualificato come oneroso. Si vedano Cass. civ., n. 526/1979; Cass., Sez. Un., n.6538/2010; D'Ettore-Ermini, *Donazioni indirette* in “Le successioni e le donazioni”, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, Giuffrè, p.471; Carnevali, *Le*



*donazioni*, in “Tratt. di diritto privato”, a cura di P. Rescigno, Torino, 2000, p. 448; Palazzo, *Le donazioni indirette*, Torino, 2001, p.675.

Per cui, anche la giurisprudenza nazionale, basando le proprie interpretazioni sui due concetti appena descritti al fine di valutare se un contratto sia oneroso o meno si debba valutare quale sia l'intento dell'operatore economico, verificando se la sua prestazione sia o meno controbilanciata da contro-vantaggi che possano essere apprezzati nell'economia di mercato.

Infatti, è necessario discernere, in seno alla gratuità, l'eventuale intento liberale dell'impresa contraente e solo in presenza di questo fattore, il contratto con offerta pari a € 0 potrà essere considerato come non oneroso e quindi l'offerta dovrà essere esclusa.

23. Si veda sentenza del 25 marzo 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, § da 60 a 62.
24. C-367/19, § 26.
25. Si veda C-367/19, § 27.
26. Si veda C-367/19, § 28.
27. Conclusioni avvocato generale, § da 63 a 66.
28. Si veda C-367/19, § 28.
29. C-367/19, § 29.
30. C-367/19, § 30.
31. Direttiva 2014/24/UE, art. 69: «*Offerte anormalmente basse. 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. 4. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione. 5. Su richiesta, gli Stati membri mettono a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a loro*

## CERIDAP

*disposizione, quali leggi, regolamentazioni, contratti collettivi universalmente applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli di cui al paragrafo 2».*

32. C-367/19, § 31.

33. C-367/19, § 33.