

Causa C-737/22

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

1° dicembre 2022

Giudice del rinvio:

Østre Landsret (Danimarca)

Data della decisione di rinvio:

11 novembre 2022

Ricorrente:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Resistente:

BibMedia A/S

ØSTRE LANDSRET

(Corte regionale dell'Est)

ORDINANZA

dell'11 novembre 2022

[OMISSIS]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

[OMISSIS]

contro

BibMedia A/S

- 1 [OMISSIS] Il ricorso è stato proposto dalla Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (in prosiegua la «SKI») nei confronti della Audio Visionary Music A/S (in prosiegua: l'«AVM») e verte sulla legittimità di una procedura di

appalto indetta dalla SKI relativa ad un contratto quadro per la fornitura di materiali per biblioteche e di relativi servizi preparatori.

- 2 Ai sensi dell'articolo 267, secondo comma, TFUE, l'Østre Landsret (Corte regionale dell'Est, Danimarca) ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione del divieto di negoziazione che può essere desunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai principi fondamentali di parità di trattamento e di trasparenza espressi all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva sugli appalti pubblici (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). Inoltre, la Corte è invitata a pronunciarsi sulla questione se il fatto che si tratti di una procedura aperta di appalto suddivisa in lotti, ai sensi dell'articolo 27 e dell'articolo 46 della direttiva sugli appalti pubblici, incida sulla portata del divieto di negoziazione.

FATTI E PROCEDIMENTO

- 3 La SKI, ricorrente, è una centrale di acquisti detenuta dallo Stato danese e dalla Kommunernes Landsforening, associazione di interessi per tutti i comuni della Danimarca. La SKI è stata istituita allo scopo di migliorare e professionalizzare gli appalti pubblici, anche mediante lo sviluppo, l'appalto e la gestione di contratti quadro per conto dei suoi clienti (enti aggiudicatori statali e comunali).
- 4 Al momento della gara di appalto, l'AVM operava nel mercato dei servizi preparatori di materiali per biblioteche. Con effetto dal 1° marzo 2021, la BibMedia A/S ha acquisito la totalità delle azioni di tale società. L'AVM è stata successivamente sciolta per fusione con la Bibmedia A/S, che è quindi parte del procedimento giudiziario.
- 5 Il 4 febbraio 2020 la SKI ha sottoposto a gara d'appalto l'accordo quadro 50.05 per materiali per biblioteche, avente ad oggetto la fornitura di materiali per biblioteche e di servizi preparatori. L'accordo quadro è suddiviso in otto lotti per un valore totale stimato tra DKK 748 milioni e DKK 1,021 milioni. I lotti rilevanti ai fini del presente procedimento sono il «lotto n. 1, libri e spartiti danesi (est)», il cui valore stimato è di DKK 253 milioni e il «lotto n. 2, libri e spartiti danesi (ovest)», il cui valore stimato è di DKK 475 milioni.
- 6 Per tutti i lotti, si trattava di un accordo quadro con un unico fornitore e il criterio di aggiudicazione era il prezzo più basso. L'offerta consisteva in pochi dati di base relativi all'offerente, un documento di gara unico europeo (DGUE) compilato nonché un elenco di offerte compilato che indicava il prezzo di un numero relativamente esiguo di linee di prodotto per lotto.
- 7 Al momento della pubblicazione dei documenti di gara, il punto 3.1 del capitolato d'onori, relativamente al modello per l'aggiudicazione dei lotti 1 e 2, enunciava quanto segue:

«I lotti nn. 1 e 2 sono interdipendenti (v. punto 3.1.1) e, se un offerente presenta un'offerta per uno di tali lotti, le offerte sono automaticamente presentate per entrambi i lotti. Ciò non può essere oggetto di eccezioni e pertanto non si può presentare un'offerta per uno solo dei due lotti riguardanti libri e spartiti danesi.

A parte quanto precede, non vi sono restrizioni riguardo al numero di lotti per i quali può/deve essere presentata un'offerta.

La SKI prevede di aggiudicare l'appalto ad un fornitore per lotto. Lo stesso fornitore può aggiudicarsi più lotti.

Il mercato dei materiali per biblioteche è caratterizzato dall'esistenza di pochi fornitori specializzati e potenziali offerenti. I libri e gli spartiti danesi sono il più grande settore di prodotto in termini di fatturato e sono commercialmente importanti per i potenziali offerenti. Al fine di garantire la concorrenza futura sul mercato, i libri e gli spartiti danesi sono ripartiti geograficamente in due lotti. I relativi clienti sono suddivisi tra loro in due gruppi, rispettivamente tra l'est e l'ovest. Nell'allegato A e nei suoi suballegati A.1 e A.2, sono indicati i comuni che aderiscono rispettivamente al lotto 1, libri e spartiti danesi (est) e al lotto 2, libri e spartiti danesi (ovest)».

8 Dal punto 3.1.1 del capitolato d'oneri risultava inoltre quanto segue:

I «libri e spartiti danesi» sono oggetto di appalto secondo un cosiddetto «modello est/ovest», il che significa che è prevista l'aggiudicazione a un fornitore nella Danimarca orientale e a un altro fornitore nella Danimarca occidentale, ma che gli stessi prezzi offerti saranno validi per tutti i clienti, a prescindere dal fatto che questi siano situati nella Danimarca orientale od occidentale.

Gli offerenti presentano prezzi per il margine di profitto e la preparazione che devono essere gli stessi – e si applicheranno – sia al lotto per la Danimarca orientale sia a quello per la Danimarca occidentale.

L'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa si aggiudicherà l'appalto come fornitore per il lotto n. 2, libri e spartiti danesi (ovest).

All'offerente che presenta la seconda offerta economicamente più vantaggiosa viene offerta la possibilità di essere fornitore del lotto n. 1, libri e spartiti danesi (est). Tuttavia, tale offerente deve accettare che l'aggiudicazione dell'appalto quale fornitore nella Danimarca orientale presuppone che esso fornisca i prodotti e i servizi di cui all'accordo quadro ai clienti situati nella Danimarca orientale esattamente allo stesso prezzo di quello proposto dall'offerente con l'offerta economicamente più vantaggiosa e al quale quest'ultimo effettuerà la fornitura nella Danimarca occidentale.

Se, l'offerente con la seconda offerta economicamente più vantaggiosa non accetta di essere fornitore nella Danimarca orientale, tale possibilità passa

all'offerente con la terza offerta economicamente più vantaggiosa, che deve parimenti accettare che l'aggiudicazione come fornitore nella Danimarca orientale richiede di fornire i prodotti e i servizi di cui all'accordo quadro ai clienti situati nella Danimarca orientale esattamente allo stesso prezzo che l'offerente con l'offerta economicamente più vantaggiosa ha proposto e al quale effettuerà la fornitura nella Danimarca occidentale.

Se neanche tale offerente accetta di essere fornitore nella Danimarca orientale, la possibilità passa all'offerente successivo in graduatoria e così via. Se la graduatoria di offerenti con offerte che soddisfano le condizioni dell'appalto è esaurita e non viene trovato alcun fornitore per la Danimarca orientale, il fornitore aggiudicatario per la Danimarca occidentale si aggiudicherà anche la fornitura nella Danimarca orientale. Esso sarà in tal caso il fornitore in tutta la Danimarca, vale a dire sia per il lotto n. 1 che per quello n. 2, ed effettuerà la fornitura agli stessi prezzi su tutto il territorio nazionale.

Per gli offerenti, il modello est/ovest implica che, se la valutazione dovesse rivelare che essi hanno presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, accettano di consentire un accesso completo ai prezzi da loro offerti agli altri offerenti, in primo luogo, all'offerente con la seconda offerta economicamente più vantaggiosa e se esso non accetta di diventare fornitore nella Danimarca orientale, al successivo in graduatoria, e così via.

Il motivo per cui il fornitore con l'offerta economicamente più vantaggiosa si aggiudica l'appalto per la Danimarca occidentale è che nella Danimarca occidentale è prevedibile un fatturato superiore rispetto alla Danimarca orientale. Pertanto, l'offerente aggiudicatario per la Danimarca orientale dovrebbe anche essere consapevole del fatto che, accettando le condizioni per essere fornitore nella Danimarca orientale, deve assicurarsi, mediante i prezzi imposti, di poter beneficiare di una gestione redditizia in relazione ai propri costi, anche se nella Danimarca orientale è prevedibile un fatturato inferiore rispetto alla Danimarca occidentale. La ripartizione dei fatturati previsti, rispettivamente, nella Danimarca orientale e nella Danimarca occidentale risulta dall'allegato A.1».

- 9 Alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, il 3 marzo 2020, la SKI ha ricevuto offerte dall'AVM e dalla BibMedia A/S (gli unici due fornitori effettivi sul mercato). Entrambi gli offerenti hanno presentato offerte per tutti i lotti.
- 10 In sede di valutazione si è potuto constatare che la BibMedia A/S aveva presentato, per tutti i lotti, l'offerta economicamente più vantaggiosa (prezzo più basso), mentre, per tutti i lotti, l'AVM aveva presentato la seconda offerta economicamente più vantaggiosa.
- 11 In conseguenza del modello di aggiudicazione dei lotti 1 e 2 descritto nel capitolato d'oneri, la SKI ha contattato l'AVM proponendole l'aggiudicazione del

lotto 1 (est), a condizione che l'AVM accettasse di effettuare la fornitura ai prezzi proposti dalla BibMedia A/S quale offerente dell'offerta più bassa e di cui l'AVM è stata informata in occasione di tale contatto.

- 12 Il 21 aprile 2020, dopo che l'AVM ha accettato tale proposta, la SKI ha trasmesso la comunicazione della decisione di aggiudicazione.
- 13 Successivamente, il 30 aprile 2021, l'AVM ha proposto un ricorso dinanzi alla Klagenævnet for Udbud (commissione danese per i ricorsi relativi agli appalti pubblici; in prosieguo: la «commissione per i ricorsi»). La commissione per i ricorsi è stata istituita allo scopo di adempiere gli obblighi incombenti alla Danimarca in forza delle direttive sui ricorsi e ha il compito, in particolare, di esaminare i ricorsi relativi a eventuali violazioni, da parte di enti pubblici aggiudicatori, della udbudsloven (legge danese relativa agli appalti pubblici), delle direttive dell'Unione sugli appalti pubblici, del Trattato FUE e dei principi di parità di trattamento e di trasparenza che ne derivano, nonché della tilbudsloven (legge danese relativa alle offerte).
- 14 La commissione per i ricorsi ha emesso una decisione il 14 gennaio 2021 nella causa 20/05105, Audio Visionary Music A/S contro Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, in cui ha dichiarato quanto segue:

«[La SKI] ha agito in contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'articolo 2, paragrafo 1, della legge relativa agli appalti pubblici e con l'articolo 56 della legge relativa agli appalti pubblici applicando una procedura di aggiudicazione dei lotti nn. 1 e 2, secondo la quale l'offerente che ha presentato la seconda migliore offerta può modificare la sua offerta dopo il termine per la presentazione delle offerte e vedersi successivamente aggiudicato il lotto n. 1».

- 15 La commissione per i ricorsi ha motivato, in particolare, la sua decisione nel modo seguente:

«Si tratta di una procedura aperta di appalto e, una volta che l'offerente ha presentato l'offerta, questa non può, in linea di principio, essere modificata né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente.

Pertanto, i principi di parità di trattamento e di trasparenza ostano, nell'ambito di una procedura aperta di appalto, a qualsiasi forma di negoziazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente. Se un offerente viene contattato dall'amministrazione aggiudicatrice e gli viene data la possibilità di modificare (ridurre) il prezzo proposto ad un determinato prezzo più basso, ciò implica una possibilità per l'offerente di modificare una condizione essenziale della sua offerta, vale a dire l'importo esatto contenuto nell'offerta iniziale, in modo favorevole all'amministrazione aggiudicatrice e tale da consentirgli di migliorare il suo prezzo e quindi la sua offerta al fine di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Un simile modus operandi sarebbe, secondo una prassi corrente, contrario al divieto di negoziazione.

Si pone la questione se il fatto che un simile modus operandi di cui alla presente procedura di appalto sia descritto nel capitolato d'oneri comporti che, in tal caso, esso possa essere considerato conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza e sia pertanto legittimo. La commissione per i ricorsi ritiene che non si possa derogare al divieto di negoziazione in una procedura aperta di appalto soltanto sulla base del fatto che la SKI ha descritto il modello est/ovest nel capitolato d'oneri».

- 16 Il 9 luglio 2021 la SKI ha proposto ricorso dinanzi al Retten i Glostrup (Tribunale di Glostrup, Danimarca) contro, in particolare, tale parte della decisione della commissione per i ricorsi. La causa è stata rinviata, il 7 dicembre 2021, dinanzi all'Østre Landsret, statuento in primo grado.

LA NORMATIVA DANESE SUGLI APPALTI PUBBLICI

- 17 La direttiva 2014/24/UE (in prosieguo: la «direttiva sugli appalti pubblici») è stata recepita nel diritto danese con la legge n. 1564 del 15 dicembre 2015, come successivamente modificata (udbudsloven, legge relativa agli appalti pubblici).
- 18 L'articolo 2 della legge relativa agli appalti pubblici recepisce l'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva sugli appalti pubblici e verte sui principi generali della legge. Esso così recita:

Articolo 2. Nell'ambito degli appalti pubblici, un ente aggiudicatore, conformemente ai titoli da II a IV, deve rispettare i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità.

Paragrafo 2. La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente legge né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura di appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente uno o taluni operatori economici.

- 19 L'articolo 49 della legge relativa agli appalti pubblici recepisce l'articolo 46, paragrafi da 1 a 3, della direttiva sugli appalti pubblici. Il paragrafo 3 di tale disposizione riguarda i requisiti per la suddivisione degli appalti in lotti e prevede quanto segue:

Articolo 49.

(...)

Paragrafo 3. L'ente aggiudicatore deve indicare nel bando di gara:

- 1) se l'offerente può presentare l'offerta per un solo lotto, per alcuni o per tutti i lotti,*

2) *se all'offerente può essere aggiudicato uno, alcuni o tutti i lotti e, eventualmente, come possano essere combinati i lotti o i gruppi di lotti, e*

3) *le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori decisivi per l'aggiudicazione dei lotti, comprese le modalità di aggiudicazione dei lotti qualora l'applicazione di tali regole o criteri comporterebbe altrimenti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo che può essere aggiudicato a tale offerente.*

- 20 L'articolo 56 della legge relativa agli appalti pubblici riguarda le norme procedurali applicabili alle procedure di appalto aperte e recepisce taluni aspetti dell'articolo 27 della direttiva sugli appalti pubblici. La disposizione recita come segue:

Articolo 56. Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta in risposta a un bando di gara. Il bando di gara deve contenere le informazioni di cui all'allegato V, parte C, 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 (GU 2014, L 94, pag. 65). L'ente aggiudicatore deve utilizzare il modello di formulario di cui all'articolo 128, paragrafo 3.

FONDAMENTI DI DIRITTO DELL'UNIONE

- 21 Le disposizioni del diritto dell'Unione sulle quali verte la presente causa sono, in particolare, i principi fondamentali di parità di trattamento e di trasparenza, enunciati all'articolo 18 della direttiva sugli appalti pubblici, nonché la portata del divieto di negoziazione in relazione ai lotti, di cui all'articolo 46 di tale direttiva e la procedura «aperta» di appalto prevista all'articolo 27 di detta direttiva.

ARGOMENTI DEDOTTI DALLA RICORRENTE

- 22 La SKI nega di aver violato il principio di parità di trattamento, quale enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva sugli appalti pubblici, con l'applicazione del modello est/ovest. Il modello di procedura di appalto scelto, indipendentemente dall'utilizzazione della procedura «aperta» di appalto, sarebbe legittimo e conforme alle norme del diritto degli appalti, in particolare ai principi di parità di trattamento e di trasparenza e al divieto di negoziazione che ne deriva nonché alla giurisprudenza in materia di diritto degli appalti pubblici.
- 23 La ragione portante del modello est/ovest era il desiderio di garantire la concorrenza per i servizi oggetto dei lotti 1 e 2, in quanto quest'ultimo costituiva il più grande settore di prodotto in termini di fatturato nell'ambito dell'appalto. A questo proposito, è importante tener presente che non esiste un mercato privato con prestazioni analoghe e che non esistono altri enti aggiudicatori che offrano appalti analoghi. L'accordo quadro della SKI costituisce quindi, in realtà,

l'espressione dell'intero mercato. Gli operatori del mercato che non si vedono aggiudicare un lotto rischiano quindi di essere marginalizzati, se non addirittura di fallire. Infatti, il mercato di tale settore di prodotto ha sofferto per molti anni del fatto che a volte c'è stata carenza – o addirittura assenza – di concorrenza, il che può nuocere gravemente ai clienti della SKI e, in ultima analisi, ai contribuenti. La SKI aveva posto quindi ampiamente l'accento, nell'accordo quadro oggetto dell'appalto, sulla salvaguardia di una concorrenza più ampia possibile, in particolare suddividendo tale parte dell'appalto in due lotti (est e ovest) e utilizzando un modello che rendesse possibili in linea di principio due fornitori diversi conformemente allo scopo sotteso all'articolo 46 della direttiva sugli appalti, come risulta al riguardo dal suo considerando 79. Quest'ultimo enuncia che *«Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente»*. Al contempo, stabilendo l'obbligo di effettuare la fornitura per entrambi i lotti agli stessi prezzi proposti dall'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, la SKI ha cercato anche di garantire che non vi fossero speculazioni tramite offerte a prezzi elevati per uno dei lotti a scapito dei clienti della SKI e, in definitiva, dei contribuenti. Pertanto, se a un offerente fosse garantito almeno un contratto, esso sarebbe in grado di speculare presentando offerte a prezzi elevati per entrambi i lotti. Ciò è stato contrastato tramite l'obbligo di effettuare la fornitura allo stesso prezzo del vincitore del lotto 1.

- 24 La gara di appalto è stata preceduta da una consultazione di mercato. I riscontri provenienti dal mercato indicavano che, in generale, esso riteneva il modello al contempo obiettivo e idoneo a favorire la concorrenza concretamente e a lungo termine. Infatti, la risposta alla consultazione della Bibmedia A/S, che ha presentato anch'essa offerte nella successiva procedura di appalto, come precedentemente esposto, indicava quanto segue:

«La proposta della SKI di suddividere il lotto 1, libri danesi e preparazione in un modello est/ovest come descritto ci sembra ragionevole, in quanto il modello accennato continuerà a stimolare gli offerenti a presentare l'offerta più interessante per vedersi attribuire la maggior parte del volume. La presenza di diversi fornitori per il lotto n. 1 consente di garantire una forte concorrenza negli anni futuri e di continuare a sviluppare soluzioni e servizi a beneficio delle biblioteche».

- 25 Pertanto, la SKI insiste sul fatto che il modello persegue considerazioni del tutto obiettive che sono peraltro essenziali nell'ambito del diritto degli appalti pubblici, vale a dire garantire sia l'uso efficiente dei finanziamenti pubblici, ai sensi del considerando 2 della direttiva sugli appalti pubblici, sia la concorrenza effettiva, come indicato nei considerando 90 e 69, tanto nella specifica procedura di appalto

di cui trattasi quanto per il futuro, tenuto conto della particolare situazione concorrenziale del mercato.

26 Pertanto, a sostegno della legittimità di tale modello, viene fatto valere quanto segue:

- il fatto che all'offerente che ha presentato la seconda offerta più bassa sia data la possibilità di accettare di effettuare la fornitura agli stessi prezzi offerti dall'offerente che ha presentato l'offerta più bassa e, pertanto, di vedersi aggiudicare il lotto 1 non implica una «negoziazione» contraria al divieto di negoziazione previsto dalla normativa sugli appalti, compresi i principi e le considerazioni ad esso sottesi nonché l'articolo 56 della legge relativa agli appalti pubblici.
- il modello est/ovest è, per contro, l'espressione di una procedura di aggiudicazione meccanica obiettiva, applicabile dopo che è stata stabilita la graduatoria delle offerte e senza altra interazione tra la SKI e l'offerente che ha presentato la seconda migliore offerta, se non l'accettazione da parte di quest'ultimo di effettuare la fornitura alle condizioni previamente stabilite nel capitolato d'onori e agli stessi prezzi proposti dall'offerente che aveva presentato la migliore offerta.
- inoltre, si tratta di una procedura di aggiudicazione di lotti descritta in modo chiaro e trasparente nei documenti di gara. Essa non lascia in alcun modo libera scelta alla SKI in relazione all'aggiudicazione in violazione del principio di trasparenza, quale espresso all'articolo 18 della direttiva sugli appalti pubblici, né concede all'offerente che ha presentato la seconda migliore offerta la facoltà di modificare arbitrariamente la stessa dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ponendosi così in una posizione migliore di quella cui avrebbe diritto in base al capitolato d'onori, in violazione, peraltro, dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Per contro, l'aggiudicazione dell'appalto si svolge nell'ambito predefinito dell'aggiudicazione dei lotti descritto nei documenti di gara e nell'ambito dell'articolo 46 della direttiva sugli appalti pubblici, al termine di un procedimento che, peraltro, esula dall'influenza sia della SKI sia dell'offerente interessato.
- pertanto l'aggiudicazione secondo il modello est/ovest è applicata uniformemente, fondata sulla valutazione preliminare delle offerte presentate sulla base del criterio di aggiudicazione stabilito del «prezzo più basso» e secondo una procedura di aggiudicazione dei lotti predeterminata e descritta in modo chiaro. Inoltre, poiché il modello si applica in un momento in cui la graduatoria delle offerte è già stata stabilita (quindi dopo la valutazione), non sussiste alcun rischio di distorsione della concorrenza tra gli offerenti sotto forma di discriminazione arbitraria.

ARGOMENTI DELLA CONVENUTA

- 27 La convenuta sostiene che la decisione della commissione per i ricorsi e la sua motivazione sono corrette e devono essere confermate.
- 28 Il principio di parità di trattamento sancito all'articolo 18 della direttiva sugli appalti pubblici e all'articolo 2, paragrafo 1, della legge relativa agli appalti pubblici nonché il conseguente divieto di negoziazione comporterebbero che ad un ente aggiudicatore sia impedito di negoziare con un singolo offerente in una procedura aperta. A tale riguardo, è irrilevante che l'ente aggiudicatore abbia descritto la possibilità di negoziazione nel capitolato d'oneri.
- 29 La convenuta fa valere che consentire ad un offerente di modificare la sua offerta oltre il termine per la presentazione delle offerte in modo che quest'ultima corrisponda in termini di prezzo a quella dell'offerente che ha presentato l'offerta più bassa costituisce una negoziazione.
- 30 A parere della convenuta, la situazione in cui un offerente è autorizzato a ridurre il prezzo della sua offerta in modo che corrisponda in termini di prezzo a quella dell'offerente che ha presentato l'offerta più bassa costituisce una modifica dell'offerta, inammissibile dopo il termine per la presentazione delle offerte.
- 31 Di conseguenza, il modello est/ovest applicato dalla SKI costituisce una negoziazione ai sensi della direttiva sugli appalti pubblici.
- 32 La convenuta fa valere, inoltre, che un siffatto modus operandi non può essere validamente applicato in relazione alla «procedura aperta» di appalto, ai sensi dell'articolo 27 della direttiva sugli appalti pubblici e dell'articolo 56 della legge relativa agli appalti pubblici. Infatti, questo tipo di procedura di appalto non consente di negoziare, in particolare dando la possibilità a un singolo offerente di modificare la propria offerta oltre il termine per la presentazione delle offerte.
- 33 La SKI avrebbe dovuto, invece, svolgere la procedura di appalto nell'ambito stabilito dalla direttiva sugli appalti pubblici e consentire il ricorso a procedure legali ampiamente rispondenti agli obiettivi che essa desidera raggiungere con il modello est/ovest. Così, un ente aggiudicatore può suddividere un appalto in lotti ed è legittimo limitare la possibilità per uno stesso offerente di aggiudicarsi tutti i lotti al fine di garantire la concorrenza futura. Tuttavia, non è possibile, nell'ambito delle procedure previste dalla direttiva sugli appalti pubblici, ottenere contemporaneamente più fornitori potenziali e che il loro prezzo sia identico. Pertanto, l'ente aggiudicatore deve scegliere tra l'aggiudicazione di tutti i lotti ad uno stesso offerente allo stesso prezzo o l'aggiudicazione dei lotti a più offerenti diversi, ma a prezzi diversi. Quindi, se l'ente aggiudicatore sceglie di limitare la possibilità che lo stesso offerente si aggiudichi tutti i lotti, deve accettare il prezzo dell'offerente della seconda offerta più bassa per il lotto minore.

MOTIVAZIONE DELLE QUESTIONI

- 34 La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui alla direttiva sugli appalti pubblici e alla portata del conseguente divieto di negoziazione riguarda, tra l'altro, i limiti al trattamento delle riserve nell'ambito dell'offerta da parte di un ente aggiudicatore, nonché i limiti alla successiva raccolta e all'inclusione di informazioni da parte di un ente aggiudicatore (v., tra le altre, sentenze della Corte di giustizia del 10 ottobre 2013, C-336/12 Manova A/S, EU:C:2013:647, e dell'11 maggio 2017, C-131/16, Archus e Gama, EU:C:2017:358), o la raccolta di informazioni mancanti o inesatte in un'offerta presentata (v. sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e altri, C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 Inoltre, la Corte sembra aver affrontato la portata del divieto di negoziazione in relazione alla sostituzione di imprese sulla cui capacità l'offerente intende fare affidamento (v., tra l'altro, sentenza del 3 giugno 2021, Rad Service Sri Unipersonale e altri/Del Debbio SpA e altri, C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Come nella giurisprudenza anteriore, sembra che la portata del divieto di negoziazione sia interpretata in relazione alla possibilità per l'ente aggiudicatore di rimediare al fatto che il candidato/offerente non soddisfa i requisiti previsti nei documenti di gara e riguarda quindi situazioni in cui un candidato/offerente ottiene potenzialmente una posizione giuridica alla quale non aveva diritto in forza dei documenti di gara e che, di conseguenza, è contraria ai principi fondamentali del diritto dell'Unione (v. sentenza del 22 giugno 1993, Commissione/Danimarca, C-243/89, EU:C:1993:257; sentenza del 25 aprile 1996, Commissione/Belgio, C-87/94, EU:C:1996:161) e sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz/Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Orbene, sembra che la Corte di giustizia non abbia ancora avuto modo di affrontare la questione della misura in cui il divieto di negoziazione in relazione alla procedura di appalto suddivisa in lotti nella forma di «procedura aperta» osti a che a un offerente che non abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa sia data la possibilità, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e conformemente a quanto sia stato previamente stabilito nel capitolato d'oneri, di accettare di fornire i servizi messi a gara in relazione a un lotto allo stesso prezzo di un offerente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e che si sia quindi aggiudicato un altro lotto.
- 38 L'Østre Landsret, in qualità di giudice di primo grado nel caso di specie, ritiene, alla luce di quanto precede, che sia necessario sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione di seguito formulata.

COSÌ SI DISPONE:

- 39 La Corte di giustizia dell'Unione europea è invitata a rispondere alla seguente questione:

Se i principi di trasparenza e di parità di trattamento di cui all'articolo 18 della direttiva sugli appalti pubblici e il divieto di negoziazione che ne consegue ostino a che a un offerente che abbia presentato la seconda offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione a una procedura aperta suddivisa in lotti ai sensi degli articoli 27 e 46 di tale direttiva, sia data la possibilità, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e conformemente a quanto previamente stabilito nel capitolato d'onori, di fornire i servizi messi a gara nell'ambito di un lotto alle stesse condizioni di un offerente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e che si sia quindi aggiudicato un altro lotto messo a gara allo stesso tempo.

[OMISSIS]

DOCUMENTO DI LAVORO