

Causa C-28/23

**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98,
paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia**

Data di deposito:

24 gennaio 2023

Giudice del rinvio:

Okresný súd Bratislava III (Slovacchia)

Data della decisione di rinvio:

16 gennaio 2023

Attrice:

NFŠ a. s.

Convenuti:

Slovenská republika (Repubblica slovacca) tramite il Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Mistero dell'Istruzione, della Scienza, della Ricerca e dello Sport della Repubblica slovacca)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Mistero dell'Istruzione, della Scienza, della Ricerca e dello Sport della Repubblica slovacca)

Oggetto del procedimento principale

Domanda di pronuncia pregiudiziale - Costruzione di uno stadio di calcio - Appalto pubblico di lavori – Contratto preliminare - Contratto di sovvenzione - Qualificazione del contratto come appalto pubblico - Nullità assoluta e relativa del contratto - Direttive 2004/18/CE, 2014/24/UE e 89/665/CEE

Oggetto e base giuridica della domanda di pronuncia pregiudiziale

Interpretazione del diritto dell'Unione europea, articolo 267 TFUE.

Questioni pregiudiziali

1 Se un contratto di sovvenzione e un contratto preliminare di compravendita stipulato tra un ministero (lo Stato) e un soggetto di diritto privato selezionato senza gara integrino un «appalt[o] public[o] di lavori» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18, o dell'articolo 2, paragrafo 6, lettera c) della direttiva 2014/24 nel caso in cui il contratto di sovvenzione costituisce un aiuto di Stato approvato dalla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del TFUE, il contenuto delle obbligazioni derivanti dal contratto la convenzione di sovvenzione è costituito dall'obbligo dello Stato di erogare la sovvenzione e dall'obbligo del soggetto di diritto privato di costruire l'edificio secondo le condizioni specificate dal Ministero e di consentire a un'organizzazione sportiva di utilizzarne una parte, e il contenuto delle obbligazioni derivanti dal contratto preliminare comprende un'opzione unilaterale a favore del soggetto di diritto privato corrispondente all'obbligo dello Stato di acquistare l'edificio costruito, e tali contratti formano un quadro di obblighi reciproci temporalmente e materialmente collegati tra il Ministero e il soggetto di diritto privato.

2 Se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18, o l'articolo 2, paragrafo 6, lettera c), della direttiva 2014/24, osti a una normativa nel diritto nazionale di uno Stato membro secondo cui un atto giuridico che, per il suo contenuto o per il suo scopo, viola o elude la legge o è contrario al buon costume è nullo in modo assoluto (ossia *ab origine/ex tunc*) se tale violazione di legge consiste in una grave violazione delle norme sugli appalti pubblici.

3 Se l'articolo 2d, paragrafi 1, lettera a), e 2, della direttiva 89/665 ostino ad una normativa di diritto nazionale di uno Stato membro secondo cui un atto giuridico che, per il suo contenuto o per il suo scopo, contravviene o elude la legge o è contrario al buon costume, se tale violazione della legge consiste in una grave violazione (elusione) delle norme sugli appalti pubblici, come nel caso di specie.

4 Se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18, o articolo 2, paragrafo 6, lettera c), della direttiva 2014/24, debba essere interpretato nel senso che osta *ex tunc* a che siano attribuiti effetti giuridici a un contratto preliminare di acquisto come quello oggetto del procedimento principale.

Disposizioni del diritto dell'Unione europea fatte valere

Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; articolo 1, paragrafo 2, lettera b).

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; articolo 2, paragrafo 6, lettera c), articolo 18, paragrafo 1.

Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori; articolo 2d, paragrafi 1, lettera a), e 2.

Sentenza della Corte di giustizia C-536/07 (Commissione/Germania, ECLI:EU:C:2009:664), punto 57

Sentenza della Corte di giustizia C-213/13 (Impresa Pizzarotti, ECLI:EU:C:2014:2067), punti 41, 43 e 44

Sentenza della Corte di giustizia C-573/19 [Commissione/Austria (Locazione di un edificio non ancora costruito); ECLI:EU:C:2021:319], punti 49 e 50.

Disposizioni del diritto interno fatte valere

Legge del 26 febbraio 1964 n. 40/1964, Codice civile, e successive modifiche (in prosieguo: il «Codice civile»):

- articolo 39: «È nullo l'atto giuridico che, per il suo contenuto o per il suo scopo, contravviene o elude la legge o è contrario al buon costume». (nullità assoluta dell'atto giuridico)
- articolo 40a: «Se si tratta di un motivo di nullità di un atto giuridico ai sensi delle disposizioni degli articoli 49a, 140, 145, paragrafo 1, 479, 589 e 701, paragrafo 1, l'atto giuridico è considerato valido se la persona interessata dall'atto giuridico non ne invochi la nullità. La nullità non può essere invocata da chi l'ha causata. Lo stesso vale se l'atto non è stato compiuto nella forma richiesta dall'accordo delle parti (art. 40). Se un atto giuridico è contrario a una norma giuridica generalmente vincolante in materia di prezzi, è nullo solo nella misura in cui è contrario a tale norma, se la persona interessata da tale atto invoca la nullità». (nullità relativa di un atto giuridico)

Legge del 14 dicembre 2005, n. 25/2006, sugli appalti pubblici, che modifica e integra alcune leggi, come modificata; articolo 1, paragrafi 2, lettera m), e 7, articolo 3, paragrafo 3 e articolo 147a.

Legge del 18 novembre 2015, n. 343/2015, sugli appalti pubblici, che modifica e integra alcune leggi, come modificata; articolo 1, paragrafo 2, lettera c), articolo 3, paragrafo 3, articolo 10, paragrafo 3, articolo 181, paragrafo 1 e articolo 181, paragrafo 11.

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Tra il 2006 e il 2013, il governo della Repubblica Slovacca (in prosieguo: il «governo slovacco») ha adottato diverse risoluzioni finalizzate alla costruzione in Slovacchia di uno stadio di calcio nazionale (in prosieguo: lo «stadio»), che soddisfacesse gli standard UEFA. L'investitore/appaltatore del progetto doveva essere selezionato attraverso una gara d'appalto pubblica.
- 2 Il 10 luglio 2013 il governo slovacco ha adottato, senza alcuna gara o concorso, la delibera n. 400/2013, in base alla quale il Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministero dell'Istruzione, della Scienza, della Ricerca e dello Sport, Repubblica slovacca; in prosieguo: il «Ministero dell'Istruzione») doveva stipulare un memorandum d'intesa con una società specifica, vale a dire la Národný futbalový štadión, a. s. (dante causa dell'attrice, la NFŠ, a. s.), con il quale si dovevano stabilire le condizioni per l'erogazione di una sovvenzione e per la costruzione dello stadio. Il testo definitivo del memorandum era già stato incluso nella delibera governativa in questione. L'11 luglio 2013 è stato stipulato il Memorandum sulla cooperazione per la realizzazione della costruzione e la gestione dell'infrastruttura sportiva «Národný futbalový štadión» (Stadio nazionale di calcio) (in prosieguo: il «Memorandum»).
- 3 Il 15 agosto 2013, il Ministero dell'Istruzione e la Národný futbalový štadión, a.s. hanno stipulato un contratto sulle condizioni per l'erogazione di una sovvenzione per la costruzione dello Stadio nazionale di calcio. Ai sensi delle disposizioni del contratto, entro 60 giorni dalla sua entrata in vigore, ossia il 20 settembre 2013, è stato pubblicato il bando per la presentazione delle domande per l'erogazione della sovvenzione nel settore dello sport n. 2013-11 - «Národný futbalový štadión» (in prosieguo: il «bando»). Ai sensi di tale bando per la presentazione delle domande, la sola società Národný futbalový štadión, a.s è stata designata come soggetto idoneo a presentare una domanda.
- 4 Il 21 novembre 2013, il Ministero dell'Istruzione e la Národný futbalový štadión, a.s. hanno stipulato un contratto di sovvenzione a carico del bilancio statale sulla base del bando per la presentazione delle domande. La sovvenzione è stata concessa senza che avesse luogo una selezione a partire da una rosa più ampia di candidati (senza gara), in quanto l'unico soggetto ammissibile ai sensi del bando di gara era la società Národný futbalový štadión, a.s. come risulta dalla delibera governativa n. 400/2013.

- 5 Il Ministero dell'Istruzione si è impegnato a erogare una sovvenzione di EUR 27 200 000 per il progetto della costruzione dello stadio.
- 6 La società Národný futbalový štadión, a.s. si è impegnata a cofinanziare la costruzione dello stadio in misura pari ad almeno il 60 % dei costi di costruzione
- 7 Il 10 maggio 2016 il Ministero dell'Istruzione, in qualità di promittente acquirente, ha stipulato, in nome della Repubblica Slovacca, con la società NFŠ, a. s., in qualità di promittente venditore, il contratto preliminare di acquisto n. 0385/2016 (in prosieguo: lo «ZoBKZ»), avente ad oggetto le condizioni per la stipula di un contratto di acquisto dello stadio sulla base dell'invito della società NFŠ, a. s., e in forza del quale i rischi della proprietà e della gestione dello stadio si sarebbero trasferiti in capo alla Repubblica Slovacca al momento della vendita. Lo ZoBKZ comprendeva allegati contenenti specifiche dettagliate dei parametri tecnici e materiali dell'opera risultante - lo stadio. Le caratteristiche dell'opera sono state quindi stabilite dalla Repubblica Slovacca, rappresentata dal Ministero dell'Istruzione.
- 8 Lo stesso giorno, il 10 maggio 2016, il Ministero dell'Istruzione e l'attrice hanno stipulato l'appendice n. 1 del contratto di sovvenzione che precludeva alla Slovenský futbalový zväz (Federazione calcistica slovacca) la possibilità di utilizzare gratuitamente alcune aree dello stadio.
- 9 L'efficacia dello ZoBKZ era subordinata al soddisfacimento di tre condizioni, vale a dire (1) alla sua pubblicazione nel Registro centrale dei contratti dello Stato (2) all'emanazione di una decisione della Commissione Europea relativa alla valutazione delle transazioni contemplate dallo ZoBKZ e dal contratto di sovvenzione sotto il profilo dell'ammissibilità di un aiuto di Stato e (3) all'emissione di un parere dell'Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (Ufficio per gli appalti pubblici della Repubblica Slovacca; in prosieguo: l'«ÚVO») (in qualità di autorità nazionale di vigilanza sugli appalti pubblici) relativo alla compatibilità delle transazioni contemplate dallo ZoBKZ con la normativa sugli appalti pubblici.
- 10 Con la decisione SA.46530 del 24 maggio 2017, la Commissione europea ha stabilito che l'aiuto di Stato sotto forma di sovvenzione e di opzione di vendita di cui sopra era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del TFUE, soddisfacendo così la seconda delle condizioni summenzionate affinché lo ZoBKZ acquistasse efficacia.
- 11 Con riferimento alla terza delle suddette condizioni da soddisfare per l'efficacia dello ZoBKZ, l'ÚVO, nonostante la richiesta del Ministero dell'Istruzione, non ha emesso alcun parere vincolante né effettuato alcun controllo in relazione alla transazione contemplata dallo ZoBKZ, quindi non ha approvato la transazione contemplata dallo ZoBKZ. La presidentessa dell'ÚVO si è limitata a inviare una risposta non vincolante in forma di lettera datata 8 luglio 2016.

- 12 Attualmente sono in corso le seguenti controversie giudiziarie (1) il Ministero dell'Istruzione e la Repubblica Slovacca citano in giudizio la NFŠ, a. s. per la restituzione dell'intero importo della sovvenzione di EUR 27 200 000 oltre accessori a causa della nullità assoluta per violazione di legge del contratto di fornitura della sovvenzione, (2) la società NFŠ, a.s. cita in giudizio il Ministero dell'Istruzione e la Repubblica Slovacca per la determinazione del contenuto della disposizione inapplicabile dello ZoBKZ, che stabilisce la procedura di calcolo del prezzo di acquisto dello stadio, (3) la società NFŠ, a.s. cita in giudizio la Repubblica Slovacca e il Ministero dell'Istruzione per il pagamento di una penale contrattuale di EUR 48 000 000 per la mancata stipula del contratto di acquisto dello stadio secondo le condizioni dello ZoBKZ, e (4) la società NFŠ, a. s. cita in giudizio la Repubblica Slovacca e il Ministero dell'Istruzione per il risarcimento dei danni in relazione al progetto dello stadio per un importo di EUR 47 349 262,73, oltre accessori.

Principali argomenti delle parti del procedimento

- 13 L'attrice sostiene che, senza il sostegno dello Stato rappresentato dalla sovvenzione e dall'opzione di vendita, la costruzione dello stadio sarebbe stata impraticabile per l'investitore privato (l'attrice). Il sostegno dello Stato al progetto consisteva in due strumenti di supporto, ossia la sovvenzione erogata in base al Contratto di sovvenzione e l'opzione concessa in base allo ZoBKZ. Secondo l'attrice, il Contratto sulle condizioni di sovvenzione formava, unitamente al Memorandum, un accordo quadro volto a garantirle che, in caso di vittoria nel contesto del bando per la presentazione delle domande ai fini dell'erogazione della sovvenzione per la costruzione dello Stadio nazionale di calcio, le sarebbe stato assicurato il sostegno dello Stato.
- 14 L'attrice asserisce, inoltre, che lo ZoBKZ non le impone l'obbligo di realizzare e successivamente vendere lo stadio al Ministero dell'Istruzione. L'attrice ritiene che, dunque, lo ZoBKZ non corrisponda alla definizione di appalto pubblico, in quanto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, affinché un contratto possa essere qualificato come appalto pubblico, dallo stesso deve emergere l'esistenza di un obbligo giudizialmente azionabile di realizzare le opere in questione. Tuttavia, lo ZoBKZ non prevede tale obbligo. L'attrice contesta la natura retributiva dello ZoBKZ, sostenendo che l'oggetto dello ZoBKZ è solo l'opzione, e non l'obbligo, dell'attrice di eseguire il contratto.
- 15 Il Ministero dell'Istruzione sostiene che nella costruzione dello stadio sono state violate le norme sugli appalti pubblici. Esso ritiene che, con la stipula del contratto di sovvenzione a carico del bilancio dello Stato, sia stata violata la legge, in quanto la sovvenzione è stata assegnata e il contratto è stato stipulato sulla base di un bando che non prevedeva alcuna gara tra i richiedenti il finanziamento. Il Ministero dell'Istruzione è dell'avviso che il contratto di sovvenzione sia pertanto nullo ai sensi dell'articolo 39 del Codice civile (nullità assoluta).

- 16 Il Ministero dell'Istruzione sostiene inoltre che la mancata applicazione delle procedure di appalto pubblico e l'aggiudicazione praticamente diretta alla società NFŠ, a.s. hanno violato non solo le norme in materia di appalti pubblici, ma anche altre norme della Repubblica Slovacca che prevedono il ricorso a una gara e l'obbligo di gestire i fondi pubblici in modo oculato ed efficiente.
- 17 Il Ministero dell'Istruzione ritiene che il contratto per l'erogazione della sovvenzione da parte del bilancio statale e lo ZoBKZ costituiscano un insieme di diritti e obblighi reciproci temporalmente e materialmente interconnessi tra il Ministero dell'Istruzione e la società NFŠ, a.s. mediante il quale si elude intenzionalmente il regime dello zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, resp. zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (legge n. 25/2006 sugli appalti pubblici che modifica e integra alcune leggi, come modificata, o la legge n. 343/2015 sugli appalti pubblici) e che, pertanto, sia ab origine viziato da nullità assoluta nulla per violazione o elusione della legge sugli appalti pubblici.
- 18 Il Ministero dell'Istruzione ritiene che la selezione del realizzatore o dell'investitore avrebbe dovuto essere oggetto di una gara trasparente e che non si sarebbe dovuta dare alcuna preferenza a un particolare soggetto privato.
- 19 Il Ministero dell'Istruzione sostiene che il contratto di sovvenzione prevedeva le condizioni che lo stadio doveva soddisfare (doveva essere uno stadio di categoria 4 ai sensi della direttiva UEFA, doveva soddisfare determinati requisiti relativi a capacità, attrezzature, dimensioni, parametri tecnici, formazione dei rappresentanti sportivi, ecc.) Il Ministero dell'Istruzione era stato membro del comitato di gestione e monitoraggio della costruzione dello stadio, il che gli ha dato l'opportunità di esprimersi sull'avanzamento della costruzione, sul collaudo, così come su altre questioni relative alla costruzione, al finanziamento e alle analisi e ai pareri di consulenti esterni. Anche il ruolo del comitato di monitoraggio e il controllo da esso esercitato erano stati regolamentati direttamente nello ZoBKZ (punto 4.1.1 dello ZoBKZ).
- 20 Il Ministero dell'Istruzione considera, inoltre, che il punto 2.2 dello ZoBKZ indica chiaramente l'obbligazione pecuniaria attraverso il calcolo del prezzo di acquisto (stabilendo anche un tetto massimo). Pertanto è lo stesso ZoBKZ a indicare la procedura per fissare il prezzo al quale lo Stato deve acquistare lo stadio a norma del contratto di acquisto stesso. L'intera transazione contemplata dallo ZoBKZ può, quindi, essere realisticamente valutata in termini monetari ed è del tutto irrilevante se l'importo finale sia indicato o meno nel contratto di vendita stesso essendo già chiaro dallo ZoBKZ che si tratta di una transazione a titolo oneroso tra le parti. Accogliere la tesi «onerosità/non onerosità», avanzata dalla società NFŠ, a.s., equivarrebbe in pratica a poter trasformare, in modo deliberato e illegittimo, qualsiasi contratto a titolo oneroso in un contratto a titolo gratuito, trasformando il contratto a titolo oneroso in un'obbligazione derivante da un contratto preliminare con riconoscimento del diritto di «opzione unilaterale» per la

conclusione del contratto a titolo oneroso stesso esclusivamente a una delle parti contraenti (l'offerente).

Sintesi della motivazione del rinvio

- 21 Occorre chiarire se (i) il contratto di sovvenzione per la costruzione di un edificio che sarà utilizzato per la promozione pubblica dello sport oltre che per scopi commerciali e (ii) lo ZoBKZ tra il Ministero dell'Istruzione (lo Stato) e un soggetto di diritto privato selezionato senza gara

costituiscono un «appalto pubblico di lavori» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/18/CE, o dell'articolo 2, paragrafo 6, lettera c), della direttiva 2014/24/UE, nel caso in cui:

- la convenzione per l'erogazione di una sovvenzione costituisce un aiuto di Stato approvato dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del TFUE
- il contenuto delle obbligazioni derivanti dal contratto di sovvenzione è costituito dall'impegno dello Stato ad erogare la sovvenzione e dall'impegno del soggetto di diritto privato a costruire l'edificio secondo le condizioni specificate dal Ministero dell'Istruzione e a consentire all'organizzazione sportiva di utilizzarne una parte; e
- il contenuto delle obbligazioni derivanti dal contratto preliminare comprende un'opzione unilaterale del soggetto di diritto privato corrispondente all'obbligo dello Stato di acquistare l'edificio costruito,
- e questi contratti formano un quadro di obblighi reciproci temporalmente e materialmente collegati tra il Ministero dell'Istruzione e il soggetto di diritto privato.

- 22 Le parti del procedimento principale sottolineano che la dottrina e la giurisprudenza non stabiliscono se la violazione della legge sugli appalti pubblici debba comportare la nullità assoluta (nullità *ex tunc*) o la nullità relativa (*ex nunc*) del contratto.

- 23 A tal proposito, l'attrice, nella sua domanda di accertamento del contenuto dello ZoBKZ relativamente alla quantificazione del prezzo di acquisto, sottolinea che: «[nella] letteratura e nella giurisprudenza non è del tutto assodato se una violazione della legge sugli appalti pubblici debba dar luogo a una nullità assoluta o relativa del contratto». Nel contesto in esame, l'attrice sottolinea che la nullità di un atto giuridico (il contratto) non può essere fatta valere da chi l'ha causata (articolo 40 bis del Codice civile).

- 24 Il Ministero dell'Istruzione chiede che sia dichiarata la nullità assoluta dell'atto giuridico (il contratto) in quanto lo schema contrattuale contestato costituisce una

palese elusione delle norme sugli appalti pubblici previste dalla legge sugli appalti pubblici e dal diritto dell'Unione europea.

- 25 Non esiste una giurisprudenza uniforme a livello nazionale in questo settore. L'attrice fa riferimento alle sentenze del Krajský súd v Bratislave (Corte regionale, Bratislava, Slovacchia) nelle quali è stato applicato il concetto di nullità relativa di un contratto nel contesto della violazione delle norme sugli appalti pubblici. Per contro, il Ministero dell'Istruzione fa riferimento a una sentenza dell'Ústavný súd (Corte Costituzionale, Slovacchia) che associa la violazione delle norme sugli appalti pubblici alla nullità assoluta *ex tunc*, e a una decisione del Krajský súd v Bratislave (Corte regionale, Bratislava, Slovacchia) ove tale giudice ha constatato che l'aggiudicazione di un appalto, che avrebbe dovuto essere assegnato secondo una procedura stabilita dalla legge, e non lo è stato, determina anche la nullità assoluta del contratto stesso.
- 26 Alla luce di quanto precede, occorre stabilire se l'articolo 2d, paragrafo 1, lettera d), e l'articolo 2d, paragrafo 2, della direttiva 89/665 ostino a una normativa nel diritto nazionale di uno Stato membro in forza della quale un atto giuridico, che per il suo contenuto o per il suo scopo viola o elude la legge o è contrario al buon costume è nullo in modo assoluto (ossia *ab origine/ex tunc*) allorquando tale violazione di legge consiste in una violazione grave (elusione) delle norme sugli appalti pubblici.

DOCUMENTO D'INFORMAZIONE