

Causa C-578/23**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

19 settembre 2023

Giudice del rinvio:

Nejvyšší správní soud (Repubblica Ceca)

Data della decisione di rinvio:

12 settembre 2023

Ricorrente:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Resistente:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Oggetto del procedimento principale

La controversia verte sulla questione se ricorressero le condizioni per l'affidamento di un appalto pubblico mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione e, in particolare, sulla questione se il predecessore in diritto del ricorrente¹, al momento della conclusione del contratto relativo all'integrazione di sistemi nell'ambito del sistema informativo ADIS (in prosieguo: il «contratto originario»), conoscesse e si dovesse aspettare la futura necessità di un servizio di base del sistema informativo ADIS (in prosieguo: l'«IS ADIS») e se dovesse ragionevolmente prevederla o se presumesse la necessità di aggiudicazione di successivi appalti.

¹ Repubblica Ceca – Ministerstvo financí (Ministero delle Finanze, Repubblica Ceca). Il ricorrente è un'unità organizzativa autonoma dello Stato istituita nel 2013, subentrata al Ministerstvo financí (Ministero delle Finanze, Repubblica ceca) per le questioni di amministrazione tributaria, pur restando subordinata alla sua autorità.

Oggetto del rinvio pregiudiziale

Il giudice del rinvio si interroga sulla questione se, nel valutare la condizione sostanziale per la procedura negoziata senza previa pubblicazione, sia necessario prendere in considerazione gli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento della conclusione del contratto originario.

Questione pregiudiziale

«Se, per valutare se la condizione sostanziale per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione sia soddisfatta, ossia se il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice abbia o meno dato origine alla situazione di esclusività ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della [direttiva 2004/18]², si debba tenere conto delle circostanze di fatto e di diritto in cui è stato concluso il contratto relativo alla prestazione originaria, su cui si basano i successivi appalti pubblici»

Disposizioni del diritto dell'Unione richiamate

Articolo 28 della direttiva 2004/18 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici).

Articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18 (Procedura negoziata senza previa pubblicazione).

Disposizioni di diritto nazionale richiamate

Ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2, dello zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (legge n. 137/2006 sugli appalti pubblici, in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»), l'amministrazione aggiudicatrice può aggiudicare un appalto pubblico mediante procedura aperta o ristretta e, a determinate condizioni, anche mediante procedura negoziata con pubblicazione o procedura negoziata senza previa pubblicazione.

Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge sugli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice può affidare un appalto pubblico mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione anche quando l'appalto pubblico, per motivi tecnici o artistici, di tutela di diritti esclusivi o derivanti da normativa speciale, può essere eseguito unicamente da un determinato contraente.

² 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 (in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento

- 1 Il 29 giugno 1992 il predecessore in diritto del ricorrente ha concluso il contratto iniziale con la IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. In virtù di esso è stato creato l'IS ADIS, che costituisce, ancora oggi, il sistema informativo fondamentale per l'amministrazione fiscale nella Repubblica ceca (in prosieguo: la «ČR»).
- 2 Il ricorrente ha avviato, il 1° marzo 2016, una procedura negoziata senza previa pubblicazione ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge sugli appalti pubblici, e il 20 maggio 2016 ha aggiudicato, nell'ambito della stessa, l'appalto pubblico relativo al «Servizio post-garanzia di base dell'applicazione ADIS nel 2016». Il ricorrente ha proceduto in tal modo sulla base di una perizia e di un parere giuridico, per motivi tecnici³ e di tutela di diritti d'autore della IBM Česká republika, spol. s.r.o. (in prosieguo: il «contraente»)⁴, sul codice sorgente IS ADIS. La prestazione aveva ad oggetto la manutenzione post-garanzia di base dell'IS ADIS. Il 20 maggio 2016 il ricorrente ha concluso con il contraente un contratto di appalto di opera. Il prezzo per l'appalto pubblico era pari a CZK 33 294 389, IVA esclusa.
- 3 Con decisione del 9 ottobre 2017 il resistente ha stabilito che il ricorrente aveva commesso un illecito amministrativo in quanto non erano soddisfatte le condizioni per poter ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge sugli appalti pubblici. Il resistente non avrebbe dimostrato, infatti, che, per motivi tecnici, unicamente il contraente interpellato poteva eseguire l'appalto. Allo stesso tempo, a suo parere, l'esigenza di tutelare i diritti esclusivi del ricorrente sarebbe stata colpevolmente causata dal precedente modo di procedere del suo predecessore.
- 4 Il ricorrente ha proposto un reclamo avverso tale decisione, che è stato respinto dal presidente del resistente, il quale ha condiviso le conclusioni di quest'ultimo aggiungendo che non si tratta dell'impossibilità tecnica di eseguire l'oggetto dell'appalto da parte di un altro contraente, bensì di una conseguenza di fatto dell'esclusività⁵ dei diritti d'autore del contraente, che non consente il ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione.
- 5 Il ricorrente ha proposto ricorso avverso la decisione del presidente del resistente dinanzi al Krajský soud v Brně (Corte regionale di Brno, Repubblica ceca; in
 - ³ Senza un collegamento con il nucleo e con gli altri moduli, non è possibile il funzionamento autonomo dei moduli, la loro gestione e il loro sviluppo; i moduli non possono essere separati; l'oggetto dell'appalto interferisce con i moduli esistenti; L'IS ADIS è stato concepito e sviluppato dal contraente che è proprietario dei diritti di licenza e ha conoscenza di IS ADIS; è necessario il seguito tecnico, la continuità e lo sviluppo di IS ADIS.
 - ⁴ Il suo socio unico nel 1992 era la IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.
 - ⁵ La situazione di esclusività è definita nella decisione di rinvio come «la necessità che l'appalto sia eseguito unicamente da parte di un determinato contraente».

prosieguo: la «Corte regionale»), che l'ha respinto. Secondo il Krajský soud (Corte regionale) è possibile, in via eccezionale, l'affidamento di un appalto pubblico mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione qualora sussistano i motivi previsti dall'articolo 23, paragrafo 4, lettera a), della legge sugli appalti pubblici (condizione formale), motivi che l'amministrazione aggiudicatrice, tuttavia, non poteva prevedere e che non sono ad essa ascrivibili (condizione sostanziale).

- 6 Il Krajský soud (Corte regionale) ha ritenuto essenziale la circostanza che il predecessore in diritto del ricorrente, con la sua condotta all'atto di stipula del contratto iniziale, abbia causato la situazione di esclusività di diritti patrimoniali d'autore del contraente. Il Krajský soud (Corte regionale) ha altresì constatato che l'IS ADIS non è un sistema informativo per il quale era prevista una vita di breve durata. Inoltre, esso riguarda il settore fiscale che è oggettivamente soggetto a continui cambiamenti. La necessità di una successiva assistenza tecnica doveva, quindi, essere ovvia.
- 7 Secondo il Krajský soud (Corte regionale), il ricorrente non ha dimostrato che al momento della conclusione del contratto originario esistesse un unico contraente possibile e ha inoltre dichiarato che le condizioni per i successivi appalti dovevano essere valutate alla luce delle disposizioni legislative in vigore all'epoca della successiva aggiudicazione.
- 8 Il ricorrente ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del Krajský soud (Corte regionale) dinanzi al giudice del rinvio.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 9 Il ricorrente sostiene che, al momento della conclusione del contratto originario, il contraente era l'unico in grado di fornire la prestazione richiesta (fornitura di server dotati di un proprio sistema operativo e garanzia di assistenza e monitoraggio a distanza). Il predecessore del ricorrente, al momento della conclusione del contratto originario, non poteva ragionevolmente prevedere che in futuro sarebbe emersa la necessità di assicurare ulteriori attività necessarie per la prosecuzione del funzionamento dell'IS ADIS. La situazione di esclusività non era stata creata dal ricorrente stesso. A suo avviso la situazione di esclusività non sarebbe stata generata neppure dal suo predecessore in diritto.
- 10 Il ricorrente avrebbe tentato di liberarsi dalla dipendenza dal contraente – non aveva, infatti, l'accesso a tutti i codici sorgente dell'IS ADIS. Tuttavia, nel 2015, quest'ultimo gli ha comunicato che non intendeva cedere i diritti patrimoniali d'autore sull'IS ADIS. Al momento della conclusione del contratto originario non era neppure possibile ottenere una cessione completa dei diritti patrimoniali d'autore sull'IS ADIS, poiché una parte dei componenti era utilizzata commercialmente dal contraente e dai suoi partner a livello mondiale.

- 11 Al momento della conclusione del contratto iniziale non esisteva alcuna normativa sui diritti d'autore e sugli appalti pubblici. Lo stato della normativa, al momento della conclusione del contratto originario, sono essenziali per la valutazione della successiva azione del ricorrente.
- 12 Se il ricorrente avviasse ora una gara di appalto per la fornitura di un nuovo sistema informativo, vanificherebbe gli investimenti effettuati nell'IS ADIS e si esporrebbe così al rischio che un tale procedere venga qualificato come antieconomico e inefficace.
- 13 Il convenuto afferma che, sulla base dell'esclusività del contratto iniziale del 1992, il ricorrente ha sviluppato l'IS ADIS unicamente mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione, almeno fino alla fine del 2019, mentre la perizia non dimostra che l'offerente scelto fosse l'unico contraente possibile del sistema per ragioni tecniche.
- 14 Nel corso del procedimento amministrativo non è stato stabilito se davvero sussistesse una situazione di esclusività riferita al motivo della tutela dei diritti esclusivi. Infatti, era sufficiente interrogarsi sulla questione se l'eventuale situazione di esclusività fosse stata colpevolmente generata.
- 15 Dal testo del contratto iniziale risulta che l'oggetto della prestazione è l'introduzione di un sistema di amministrazione fiscale in tre fasi. Solo la prima fase doveva essere realizzata in forza del contratto iniziale. Per l'IS ADIS era quindi prevista un'operatività a lungo termine.

Esame della questione pregiudiziale

- 16 Il giudice del rinvio ha innanzitutto esaminato la condizione sostanziale di detta procedura negoziata senza previa pubblicazione. Secondo il giudice del rinvio, dalla giurisprudenza nazionale del Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa, Repubblica ceca) risulta che «*si può fare ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione quando i motivi del suo utilizzo sono oggettivi, ossia indipendenti dalla volontà dell'amministrazione aggiudicatrice*»⁶ e, allo stesso tempo, che «*le condizioni previste dall'articolo 31 della direttiva [2004/18], nonché dall'articolo 23, paragrafo 4, della legge [sugli appalti pubblici], consentono di concludere chiaramente che la "situazione di esclusività" (ossia la necessaria esecuzione dell'appalto unicamente da parte di un determinato contraente) non può essere creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice*»⁷.

⁶ Sentenza del Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa) dell'11 gennaio 2013, n. 5 Afs 43/2012-54, n. 2790/2013 Sb. NSS, *Ministerstvo zemědělství*.

⁷ Sentenza del Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa) del 12 maggio 2016, n. 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*.

- 17 Il giudice di rinvio ha altresì ricordato che il considerando 50 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, stabilisce che «... l'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto». L'articolo 32, paragrafo 2 della stessa direttiva infatti prevede che la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata, in particolare, in caso di tutela di diritti esclusivi quando «non esistono sostituti o alternative ragionevoli» e quando «l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto». Sebbene il termine per l'attuazione di tale direttiva non fosse ancora scaduto al momento dell'indizione della gara di appalto, il giudice del rinvio parte dal presupposto che si trattasse soltanto di una manifestazione espressa di una norma preesistente⁸.
- 18 Sebbene, finora, la Corte di giustizia non abbia ancora esaminato nella sua giurisprudenza se, per il ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione, sia necessario che il motivo per cui un appalto pubblico deve essere affidato unicamente ad un determinato operatore economico ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18, non sia imputabile all'amministrazione aggiudicatrice, il giudice del rinvio ritiene che l'interpretazione del diritto dell'Unione, a tal riguardo, costituisca un *acte clair*.
- 19 Tuttavia, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla questione se, nella valutazione di tale condizione sostanziale, sia necessario tener conto degli elementi di fatto e di diritto esistenti all'epoca in cui l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe aver causato la situazione di esclusività. In tal caso, si tratterebbe quindi di stabilire se il predecessore in diritto del ricorrente, disciplinando i diritti patrimoniali d'autore nel contratto originario relativo all'IS ADIS nel 1992, abbia colpevolmente creato una situazione di esclusività a favore del contraente che preclude il ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione per il successivo appalto pubblico del 2016 (ossia 24 anni più tardi).
- 20 Per quanto riguarda le circostanze di fatto e di diritto esistenti al momento della conclusione del contratto iniziale, la Repubblica ceca (ovvero la Repubblica federale Ceca e Slovacca), all'epoca, non era membro dell'Unione europea (ovvero della Comunità economica europea). Allo stesso tempo, non esisteva una normativa nazionale pertinente in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ma esistevano solo principi essenziali in materia di appalti stabiliti dal governo in vigore dal 1° luglio 1992, cioè in un momento relativamente distante dall'inizio delle negoziazioni per la conclusione del contratto originario. La prima disciplina

⁸ Il giudice del rinvio fa riferimento, ad esempio, al considerando 51 della direttiva n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

esauriente è stata introdotta soltanto con lo zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (legge n. 199/1994 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici), in vigore dal 1° gennaio 1995. Per quanto riguarda la modifica delle condizioni di licenza per l'IS ADIS, al momento della conclusione del contratto iniziale era in vigore lo zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (legge n. 35/1965 Sb. sulle opere letterarie, scientifiche e artistiche, in prosieguo: la «legge sui diritti d'autore»), nella versione in vigore fino al 31 dicembre 1993. Al riguardo, l'affermazione del ricorrente secondo cui non esisteva una normativa che disciplinasse i diritti d'autore è infondata, anche se non si può ignorare che all'epoca l'esperienza nella stipulazione di contratti riguardanti i diritti d'autore per sistemi complessi come lo era l' IS ADIS era molto diversa.

- 21 Pertanto, al momento della conclusione del contratto originario, il predecessore in diritto del ricorrente poteva legittimamente presumere che anche le successive prestazioni avrebbero potuto essere aggiudicate allo stesso contraente, senza che fosse necessario garantire anche agli altri contraenti la possibilità di presentare offerte per la fornitura della prestazione richiesta. Secondo il ricorrente, al momento della conclusione del contratto originario il contraente era l'unico possibile, cosicché esso non doveva senz'altro presumere che altri contraenti sarebbero stati in grado di fornire le successive prestazioni.
- 22 Secondo il giudice del rinvio, la questione pregiudiziale è chiaramente controversa nella giurisprudenza nazionale.
- 23 Nella sentenza del 30 novembre 2021, n. As 60/2020-64, *Statutární město Brno*, il Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa) ha concluso che per valutare la creazione di una situazione di esclusività occorre tenere conto dell'epoca in cui tale rapporto è sorto, della normativa pertinente (e del fatto che all'epoca la Repubblica ceca non era membro dell'UE) e degli usi commerciali dell'epoca. Nel caso in esame, la situazione di esclusività sarebbe stata causata dall'amministrazione aggiudicatrice, nel 1998, stabilendo le condizioni di licenza in un contratto d'opera per un sistema informativo. A favore di tale soluzione depone il fatto che, se per il soddisfacimento dell'elemento sostanziale fosse rilevante una condotta colposa dell'amministrazione aggiudicatrice nell'aggiudicazione dell'appalto originario, sarebbe difficile applicare retroattivamente la normativa vigente in materia di appalti pubblici nell'ambito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione. In tale contesto, occorre prendere in considerazione anche il divieto di retroattività e la certezza del diritto. Un'altra ragione per prendere in considerazione gli elementi di fatto e di diritto esistenti all'epoca dell'aggiudicazione dell'appalto iniziale è costituita dal fatto che, allo stesso tempo, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe stata costretta a ricorrere ad una delle forme più aperte della gara d'appalto, anche se, tenuto conto di motivi tecnici o di tutela di diritti esclusivi che trovano la loro origine in un'epoca in cui non esisteva una normativa pertinente, la prestazione potesse esserle fornita soltanto da un determinato contraente.

- 24 Nella sentenza del 12 marzo 2020, n. 10 AS 372/2019-56, *Ministerstvo financí*, tuttavia, il Nejvyšší správní soud (Corte amministrativa suprema) ha concluso, in senso contrario, che «una visione ragionevole dell'ambiente contrattuale sarebbe contraria "all'accettazione di una situazione di esclusività, 'per sempre' (per diversi decenni), persistente solo per il fatto che i nuovi contratti emergenti fanno seguito a un contratto concluso 'tanto tempo prima'»». Anche nel caso in esame, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe causato una situazione di esclusività stipulando un contratto relativo al sistema informativo, e ciò nel 1995. A favore di questa soluzione depone il fatto che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, le eccezioni che consentono il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione devono essere interpretate restrittivamente. Il ricorrente ha aggiudicato il successivo appalto in vigenza della legge sugli appalti pubblici e della direttiva 2004/18. Pertanto, era soggetto al requisito che la situazione di esclusività non fosse imputabile al proprio comportamento. Il ricorrente (o eventualmente il suo predecessore in diritto) avrebbe potuto, dal 1992 al 2016, negoziare nuove condizioni contrattuali dei diritti patrimoniali d'autore in modo da poter aggiudicare gli appalti pubblici in una delle forme più aperte di gare d'appalto, oppure avviare una gara per un nuovo sistema informativo anche a prezzo di un aumento temporaneo dei costi, che avrebbe però potuto favorire risparmi a lungo termine. Di conseguenza, non può essere invocata la situazione al momento della conclusione del contratto originario qualora la situazione di esclusività sia perdurata anche dopo l'adozione della normativa pertinente in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Infatti, per determinare se sia possibile ricorrere a una procedura negoziata senza previa pubblicazione, occorre tener conto del momento in cui è stata adottata la decisione di aggiudicare l'appalto in tale forma.⁹
- 25 Il giudice del rinvio non è convinto che una delle varianti interpretative possa essere considerata chiara, plausibile e più convincente senza ragionevoli dubbi rispetto ad altre varianti. Inoltre, tale giudice ritiene che la soluzione della questione se sia necessario, nella valutazione della condizione sostanziale, tener conto degli elementi di fatto e di diritto esistenti all'epoca in cui l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe causato la situazione di esclusività, questione che non è ancora stata affrontata nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sia fondamentale non solo per la definizione del caso in esame, ma anche per altre amministrazioni aggiudicatrici in casi analoghi.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, punto 37.