

Causa C-82/24

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

1° febbraio 2024

Giudice del rinvio:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia)

Data della decisione di rinvio:

21 dicembre 2023

Parte attrice:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

Parte convenuta:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

(OMISSIS)

Il 21 dicembre 2023

ORDINANZA

Il Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy (Tribunale regionale di Varsavia, XXVI sezione commerciale, Polonia)

dopo aver esaminato, il 21 dicembre 2023, a Varsavia

(OMISSIS)

nella causa

promossa da

- Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. con sede in Varsavia

contro

- Veolia Water Technologies società a responsabilità limitata, con sede in Varsavia,
- Kruger A/S con sede in Soborg (Danimarca),
- OTV France con sede in Saint Maurice Cedex (Francia),
- Haarslev Industries GmbH con sede in Bruchsal (Germania),
- Warbud S.A. con sede in Varsavia

avente ad oggetto un pagamento

nella causa promossa da

- Veolia Water Technologies società a responsabilità limitata con sede in Varsavia,

contro

- Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., con sede in Varsavia

avente ad oggetto un pagamento

e nella causa promossa da

- Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. con sede in Varsavia

contro

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością con sede in Varsavia,
- Kruger A/S con sede in Soborg (Danimarca),
- OTV France con sede in Saint Maurice Cedex (Francia),
- Haarslev Industries GmbH con sede in Bruchsal (Germania),

- Warbud S.A. con sede in Varsavia

avente ad oggetto un pagamento

decide

1. ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

Se i principi di trasparenza, parità di trattamento e concorrenza leale, di cui all'articolo 2 della 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 (attualmente articolo 18, paragrafo 1, 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) debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad un'interpretazione del diritto nazionale che consente di determinare il contenuto di un contratto di appalto pubblico, stipulato con un consorzio composto da soggetti provenienti da diversi Stati membri dell'Unione europea, mediante l'inclusione in tale contratto di un obbligo, che indirettamente potrebbe incidere sulla determinazione del prezzo indicato dell'offerta presentata da tale operatore economico, non espressamente previsto nel contratto o nei documenti di gara ma desumibile da una disposizione di diritto nazionale che non è direttamente applicabile a tale contratto, ma che viene applicata per analogia.

2. di sospendere il procedimento nella causa.

(OMISSIS)

Motivazione della decisione del 21 dicembre 2023

1 Giudice del rinvio

2 Sąd Okręgowy w Warszawie (tribunale regionale di Varsavia, XXVI sezione commerciale, Polonia; in prosieguo: il «tribunale regionale»), composto da:

(OMISSIS)

3 Parti nel procedimento principale e loro rappresentanti

4 Parte attrice:

Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. (Azienda municipale per la fornitura di acqua e per il sistema fognario della città di Varsavia società per azioni, Polonia) con sede in Varsavia; in prosieguo: l'«Azienda municipale»

(OMISSIS)

5 Parti convenute:

Veolia Water Technologies, società a responsabilità limitata con sede in Varsavia (Polonia) (in prosieguo la «Veolia»);

Krüger A/S con sede in Soborg (Danimarca);

OTV con sede in Saint Maurice (Francia);

Haarslev Industries GmbH con sede in Bruchsal (Germania);

WARBUD, società per azioni con sede in Varsavia (Polonia);

(OMISSIS)

6 Oggetto del procedimento principale e circostanze di fatto rilevanti (OMISSIS)

7 Oggetto della controversia

Il presente procedimento è stato avviato dall'amministrazione aggiudicatrice – l'Azienda municipale (causa numero XXVI GC 277/20) con atto di citazione in cui chiedeva la condanna dei convenuti al pagamento in solido della penale contrattuale dell'importo di 22.338.591,35 PLN oltre agli interessi legali (nel corso del procedimento l'attore ha rinunciato alla domanda).

8 L'Azienda municipale, è parte attrice anche nella causa numero XXVI GC 914/21. L'amministrazione aggiudicatrice ha promosso tale causa con atto di citazione del 14 giugno 2021 al fine di far valere il diritto al pagamento:

a. dell'importo di 5.661.772,39 EUR a titolo di penale contrattuale oltre a una domanda subordinata.

b. dell'importo di 11.351.601,62 PLN (dopo la modifica della domanda) a titolo di risarcimento del danno per inesatto adempimento del contratto o, in subordine, dell'importo di 2.533.839,65 EUR.

9 Contemporaneamente, il capogruppo degli operatori economici, la Veolia, ha promosso la causa numero XXVI GC 1095/20, in cui chiedeva il pagamento dell'importo di 3.766.666,36 EUR a titolo di rimborso delle somme riscosse da dall'Azienda municipale, in base alle garanzie bancarie fornite dalla Veolia.

10 Le suddette cause sono state riunite per essere esaminate congiuntamente e sono trattate con il numero di causa XXVI GC 277/20.

11 Fatti rilevanti.

12 Il 1° agosto 2008 l'Azienda municipale (in prosieguo anche: l'«amministrazione aggiudicatrice») ha concluso con un consorzio composto dalla Veolia in qualità di

capogruppo, dalla Krüger A/S con sede in Soborg (Danimarca), dalla OTV con sede in a Saint Maurice (Francia), dalla Haarslev Industries GmbH con sede in Bruchsal (Germania) e dalla WARBUD società per azioni con sede in Varsavia (in prosieguo congiuntamente anche: il «consorzio» o gli «operatori economici») il contratto n. 8/JRP/R/2008 in relazione all'attuazione del progetto di «Modernizzazione ed espansione dell'impianto di trattamento delle acque reflue di Czajka (trattamento termico dei fanghi di depurazione)» (in prosieguo anche: il «contratto»). Il contratto riguardava, in particolare, la costruzione di una stazione di trattamento termico dei fanghi di depurazione, composta, tra gli altri, da due rigeneratori su due linee indipendenti di incenerimento dei rifiuti. Il contratto è stato concluso a seguito di un appalto pubblico aggiudicato tramite gara d'appalto aperta in conformità alla ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (legge del 29 gennaio 2004 sugli appalti pubblici, Polonia). Inizialmente i lavori previsti nel contratto dovevano essere terminati entro il 30 ottobre 2010, ma successivamente il termine finale di completamento dei lavori è stato fissato al 30 novembre 2012.

- 13 Le parti hanno stabilito che costituiva una parte integrante del contratto, in particolare, il documento di garanzia di qualità (Carta di garanzia), in base al quale il periodo di garanzia doveva decorrere dalla data di emissione del certificato di collaudo dei lavori e avere una durata di 36 mesi, mentre il periodo di garanzia doveva scadere non oltre il 30 aprile 2015, a meno che l'inizio dei collaudi finali e delle verifiche di consegna e di garanzia non fosse possibile a causa di circostanze imputabili all'operatore economico.
- 14 Nella clausola 6.1 della garanzia di qualità (Carta di garanzia), le parti hanno incluso una pattuizione secondo la quale: «Alle questioni non disciplinate dalla presente carta di garanzia, si applicano le disposizioni pertinenti di diritto polacco, in particolare il codice civile». Le parti non hanno specificato nel contratto se tale rinvio si riferiva alle disposizioni che disciplinano il contratto di lavori edili o anche alle disposizioni sulla garanzia nella vendita.
- 15 Il 21 marzo 2013 è stato emesso il certificato di esecuzione dei lavori.
- 16 Il 26 settembre 2014 l'amministrazione aggiudicatrice ha segnalato agli operatori economici un guasto consistente nella rottura del rigeneratore della linea 2. Il rigeneratore è stato sostituito dagli operatori economici con uno nuovo e messo in funzione il 22 febbraio 2016. Gli operatori economici hanno sostituito il rigeneratore nell'ambito della garanzia.
- 17 Il 3 marzo 2015 l'amministrazione aggiudicatrice ha segnalato agli operatori economici il guasto del rigeneratore della linea 1. Il rigeneratore è stato sostituito dagli operatori economici con uno nuovo ed è stato messo in funzione il 28 aprile 2016. Gli operatori economici hanno sostituito il rigeneratore nell'ambito della garanzia.

- 18 Il 27 novembre 2018 l'amministrazione aggiudicatrice ha segnalato agli operatori economici il guasto di entrambi i rigeneratori, della linea 1 e della linea 2, chiedendo la loro riparazione o sostituzione in base alla garanzia fornita. Gli operatori economici hanno risposto indicando che il periodo di garanzia era scaduto e che pertanto non avevano alcun obbligo a titolo di garanzia e si sono rifiutati di riparare o sostituire i rigeneratori nell'ambito della garanzia.
- 19 L'attrice ritiene che al rapporto tra le parti si applichi, per analogia, l'articolo 581, paragrafo 1, c.c. relativo al contratto di vendita, ai sensi del quale il periodo di garanzia decorre nuovamente dal momento della consegna del bene senza difetti o dalla restituzione del bene riparato, per cui, al momento della segnalazione del guasto ai contraenti, in data 27 novembre 2018, l'oggetto del contratto era coperto dalla garanzia, in quanto il periodo di 36 mesi decorreva nuovamente, rispettivamente, dal 22 febbraio 2016 (per il rigeneratore della linea 2) e dal 28 aprile 2016 (per il rigeneratore della linea 1). Invece, in caso di mancata riparazione o sostituzione dell'oggetto del contratto in base alla garanzia, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe il diritto di richiedere la penale contrattuale derivante dall'inadempimento da parte degli operatori economici dell'obbligo di eliminare il guasto dei rigeneratori nell'ambito della garanzia.
- 20 I convenuti sostengono che al momento della segnalazione del guasto, in data 27 novembre 2018, l'oggetto del contratto non era più coperto dalla garanzia in considerazione del decorso del periodo di garanzia e che l'articolo 581, paragrafo 1, c.c. non poteva essere applicato in quanto riguarda il contratto di vendita mentre né le parti nel contratto né l'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara avevano inserito una clausola che prevedesse l'applicazione di tale norma alla garanzia concessa dagli operatori economici. Alla luce di quanto sopra, secondo i convenuti, l'applicazione di tale disposizione per analogia sarebbe contraria ai principi di trasparenza, parità di trattamento e di concorrenza leale contenuti nella direttiva 2004/18/CE (attualmente: direttiva 2014/24/UE), in quanto equivale a un rinvio a requisiti che non emergono chiaramente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale in vigore, ma solo dall'interpretazione di tale normativa. Inoltre, secondo i convenuti, il contratto, unitamente alla carta di garanzia, disciplinano le clausole di garanzia in modo completo e preciso, pertanto l'intenzione delle parti che avevano stipulato il contratto non era quella di prevedere il rinnovo della garanzia.
- 21 Disposizioni normative rilevanti.**
- 22 Disposizioni nazionali.**
- 23 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (legge del 23 aprile 1964 recante la promulgazione del codice civile; Dz.U. del 1964, numero 16, posizione 93, come modificata), in prosieguo: il «c.c.».
- 24 Le parti che stipulano un contratto possono liberamente determinare il rapporto giuridico a condizione che il contenuto o lo scopo del contratto non siano contrari

alle caratteristiche essenziali (natura) di tale rapporto, alla legge o alle regole di convivenza sociale. (articolo 353¹ c.c.).

- 25 Se, nell'adempimento dei suoi obblighi, il garante ha consegnato al beneficiario della garanzia in sostituzione del bene difettoso, un bene privo di difetti o ha effettuato una riparazione sostanziale del bene coperto dalla garanzia, il periodo di garanzia decorre nuovamente dal momento della consegna del bene privo di difetti o della restituzione del bene riparato. Se il garante ha sostituito una parte del bene, la disposizione di cui sopra si applica per analogia alla parte sostituita (articolo 581, paragrafo 1, c.c. - contenuto nel titolo riguardante il contratto di vendita).
- 26 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (legge del 29 gennaio 2004 sugli appalti pubblici, Polonia; Dz.U. del 2007, numero 223, posizione 1655, con successive modifiche), in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»; attualmente Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (legge dell'11 settembre 2019 sugli appalti pubblici, Polonia; Dz.U. del 2023, posizione 1605), in prosieguo; la «legge sugli appalti pubblici»
- 27 L'oggetto dell'appalto deve essere descritto in modo inequivocabile ed esauriente, con termini sufficientemente precisi e comprensibili, tenendo conto di tutti i requisiti e di tutte le circostanze che possono influenzare l'elaborazione dell'offerta (articolo 29, paragrafo 1, della precedente legge sugli appalti pubblici; articolo 99, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici).
- 28 Il capitolato d'oneri dell'appalto contiene quantomeno: 16) le clausole essenziali per la parti che verranno inserite nel contenuto del contratto di appalto pubblico da stipulare, le condizioni generali dei contratti o i contratti tipo, se l'amministrazione aggiudicatrice impone agli operatori economici di concludere il contratto di appalto pubblico alle suddette condizioni (articolo 36, paragrafo 1, punto 16, della precedente legge sugli appalti pubblici); attualmente: il capitolato d'oneri contiene quantomeno: 20) la bozza delle clausole del contratto di appalto pubblico che verranno inserite nello stesso contratto di appalto pubblico (articolo 134, paragrafo 1, punto 2, della legge sugli appalti pubblici).
- 29 Disposizioni del diritto dell'Unione europea.**
- 30 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 (GU 2004, L 134, pag. 114, del 30 aprile 2004; in prosieguo: la «direttiva 2004/18/CE»); attualmente 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, del 28 marzo 2014; in prosieguo: la «direttiva 2014/24/UE»).
- 31 Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente (articolo 2, della direttiva 2004/18/CE; attualmente: articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE).

32 Motivazione del rinvio.**33 Prospettiva del diritto nazionale.**

- 34 Il codice civile polacco negli articoli dal 647 al 658 disciplina il contratto di lavori edili. Tali disposizioni non prevedono norme distinte in materia di garanzie. L'unico riferimento ad altri tipi di contratti si trova nell'articolo 656 c.c., ai sensi del quale alla determinazione degli effetti del ritardo dell'appaltatore nell'inizio dei lavori o nell'ultimazione dei lavori, agli effetti dell'esecuzione difettosa o non conforme al contratto dei lavori da parte dell'appaltatore, alla garanzia in caso di vizi dell'opera eseguita e al diritto dell'investitore di recedere dal contratto prima dell'ultimazione dei lavori, si applicano per analogia le disposizioni in materia di contratto di appalto.
- 35 Nell'ordinamento giuridico polacco l'istituto della garanzia è stato disciplinato espressamente solo in relazione al contratto di vendita. Ai sensi dell'articolo 581 c.c., se, nell'adempimento dei propri obblighi, il garante ha consegnato al beneficiario della garanzia, in sostituzione del bene viziato, un bene esente da vizi o ha effettuato riparazioni sostanziali al bene coperto da garanzia, il periodo di garanzia decorre nuovamente dal momento in cui è stato consegnato il bene esente da vizi o è stato restituito il bene riparato, mentre se il garante ha sostituito una parte del bene, la disposizione di cui sopra si applica per analogia alla parte sostituita.
- 36 Nemmeno le disposizioni del codice civile relative al contratto d'opera (alle quali si fa riferimento in parte nel titolo del codice civile relativo al contratto di lavori edili) disciplinano l'istituto della garanzia. Il 25 dicembre 2014 è, invece, entrata in vigore una modifica all'articolo 638 c.c., che disciplina il contratto d'opera, introducendo il paragrafo 2, secondo il quale, se all'acquirente è stata concessa una garanzia sull'opera eseguita, si applicano per analogia le disposizioni sulla garanzia nella vendita, ma tale norma non è applicabile al caso di specie.
- 37 È prassi comune in Polonia, sia nelle transazioni commerciali che nella giurisprudenza, riconoscere che la mancanza di una norma di legge che si riferisca direttamente alle garanzie nell'ambito del contratto di lavori edili non impedisce alle parti di un determinato rapporto giuridico di concordare l'applicazione della garanzia anche nei contratti di questo tipo, in conformità al principio della libertà contrattuale, che presuppone che le parti che stipulano un contratto possono organizzare il rapporto giuridico liberamente, a condizione che il contenuto o lo scopo del contratto non siano contrari alle caratteristiche essenziali (natura) di tale rapporto, alla legge o alle regole di convivenza sociale. (articolo 353¹ c.c.).
- 38 Entro i suddetti limiti, le parti possono configurare l'istituto della garanzia liberamente, utilizzando le disposizioni del codice civile sulle garanzie in materia di contratti di vendita, escludendo la loro applicazione diretta e elaborando le proprie regole o anche modificando tali disposizioni, ad esempio utilizzando una

parte di esse mediante un rinvio alle stesse e creando le proprie regole contrattuali per la parte restante.

- 39 La questione dell'applicazione per analogia delle disposizioni in materia di garanzia nel contratto di vendita al contratto di lavori edili è controversa sia nella giurisprudenza degli organi giurisdizionali nazionali sia in dottrina. Il giudice del rinvio condivide l'opinione secondo la quale, per effetto dell'introduzione nel contratto di un rinvio alle disposizioni pertinenti del codice civile, alla garanzia concessa sul bene costituente l'oggetto del contratto di lavori edili, nella parte non disciplinata in via negoziale, debbano applicarsi per analogia le disposizioni del codice civile in materia di garanzia nella vendita.
- 40 Allo stesso tempo, nemmeno le disposizioni nazionali in materia di appalti pubblici disciplinano la questione di cui sopra, riferendosi solo all'oggetto dell'appalto in generale, richiedendo una precisa specificazione dei requisiti e delle circostanze che possono incidere sulla preparazione dell'offerta. Tuttavia, pur specificando le informazioni che devono obbligatoriamente essere incluse nel bando di gara, non menzionano, ad esempio, le circostanze relative alle norme giuridiche applicabili - in considerazione della presunzione di conoscenza della legge generalmente applicabile da parte dei soggetti che svolgono un'attività economica, anche quando l'applicazione di determinate norme giuridiche è controversa.
- 41 Alla luce di quanto precede, secondo il giudice del rinvio, il diritto polacco in materia di appalti pubblici (a prescindere da quale sia la legge applicabile) non osta all'applicazione per analogia di disposizioni di diritto nazionale alle quali non si fa espresso rinvio nelle clausole contrattuali, nei documenti di gara o nelle disposizioni normative che disciplinano il tipo di contratto al quale si riferisce la gara.
- 42 L'istruttoria svolta nel corso del procedimento non ha fornito al giudice del rinvio elementi per stabilire che le parti avevano effettivamente escluso l'applicazione dell'articolo 581 c.c. e, di conseguenza, per effetto della sostituzione dei rigeneratori con altri privi di difetti, il periodo di garanzia avrebbe iniziato a decorrere nuovamente.
- 43 Prospettiva del diritto dell'Unione europea.**
- 44 La tesi dell'attrice in merito all'applicazione analogica al contratto concluso tra le parti delle disposizioni sulla garanzia nella vendita trova giustificazione nelle disposizioni di diritto nazionale, il che dovrebbe portare alla conclusione che la garanzia è stata rinnovata. È quindi necessario valutare se, in considerazione della natura transfrontaliera del contratto e del coinvolgimento, dal lato della parte convenuta, di un consorzio composto da soggetti di diversi Stati membri, le disposizioni del diritto dell'Unione non ostino a una simile interpretazione del diritto nazionale.

- 45 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE (attualmente articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE) le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente.
- 46 I principi di parità di trattamento e non discriminazione richiedono che tutti gli offerenti abbiano le stesse opportunità nel formulare le loro offerte e che tutte le offerte siano soggette alle stesse condizioni. Tale principio non è in contrasto con i requisiti imposti agli operatori economici, a condizione che tali requisiti siano imposti agli operatori economici nella stessa misura (C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser/Manova A/S).
- 47 Per quanto riguarda il principio di trasparenza desumibile dagli stessi, la Corte , per esempio, nella sentenza C-35/17, ha stabilito che tale obbligo comprende il dovere di determinare tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in modo chiaro, preciso e inequivocabile nel bando di gara o nel capitolato d'onori, al fine di consentire, da un lato, a tutti gli offerenti, ragionevolmente informati e dotati di normale diligenza, di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare effettivamente se le offerte presentate dagli offerenti siano conformi ai criteri stabiliti per l'appalto in questione (sentenze simili: del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e giurisprudenza ivi citata; nonché del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36).
- 48 Alla luce dei principi di cui sopra, sorgono dubbi in ordine al fatto se e in quale misura il contenuto degli obblighi delle parti, che non sono espressamente indicati nel testo del contratto di appalto o nei documenti di gara, possa essere determinato sulla base delle disposizioni di diritto nazionale applicabili per analogia nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico.
- 49 Se sia conforme al principio di trasparenza desumere gli obblighi di un operatore economico dall'interpretazione di una norma di legge contenuta nella giurisprudenza nazionale, poiché particolarmente svantaggioso per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, dal momento che il loro livello di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione nonché della prassi delle autorità nazionali non può essere paragonabile a quello degli offerenti nazionali.
- 50 Quanto sopra esposto si riferisce in particolare all'interpretazione del diritto nazionale che utilizza come fondamento di una decisione non solo le disposizioni di diritto nazionale riguardanti direttamente il tipo di contratto in questione ma anche le disposizioni applicabili per analogia, mediante l'integrazione delle disposizioni nazionali con quelle relative a altri tipi di contratti.
- 51 È importante notare che l'applicazione di tali disposizioni per analogia può avere un effetto indiretto sulla portata degli obblighi degli operatori economici desumibile dalle clausole del contratto, ma non prevista espressamente nel bando

di gara o nel capitolato d'oneri. L'ambito degli obblighi si ripercuote invece direttamente sull'importo del prezzo indicato dagli operatori economici nell'offerta, in quanto, per ovvie ragioni, i soggetti che partecipano alle gare d'appalto, in quanto imprenditori, operano con l'obiettivo di realizzare un profitto, per cui le loro offerte devono contenere una remunerazione superiore al valore dei servizi che saranno obbligati a fornire in esecuzione del contratto. Alla luce di quanto sopra, la mancata precisazione della portata di tali obblighi, ad esempio non indicando espressamente che la sostituzione di una parte dell'oggetto del contratto con parti nuove fa ripartire il periodo di garanzia, può incidere sull'importo delle offerte dei partecipanti alla gara d'appalto e, in definitiva, per quanto riguarda i soggetti che non conoscono appieno le specificità dell'ordinamento giuridico nazionale, può portare a una situazione in cui tale soggetto presenti nella gara d'appalto un'offerta con contenuti che non avrebbe presentato se avesse avuto piena conoscenza delle norme applicabili alla stessa.

- 52 La Corte ha già stabilito che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a una normativa nazionale che consenta di escludere da una procedura di appalto pubblico un offerente che non abbia adempiuto ad un obbligo a lui imposto che non emerge chiaramente dai documenti di gara o dalla legge nazionale in vigore, ma dall'interpretazione di tale legge e di tale documentazione nonché dalla integrazione di lacune presenti in tale documentazione da parte dell'autorità amministrativa o giurisdizionale (vedi sentenze simili del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51).
- 53 Sebbene la suddetta sentenza della Corte si riferisca a una diversa questione relativa alle gare d'appalto negli appalti pubblici (ossia l'esclusione di un contraente da una gara d'appalto), tale conclusione, secondo la quale è inammissibile desumere solo dall'interpretazione di una norma di legge nazionale gli obblighi gravanti sui partecipanti ad un appalto pubblico, che non derivino direttamente dalla legge nazionale applicabile e dalla documentazione di gara, dovrebbe applicarsi in modo più ampio. Tuttavia, data la differenza sostanziale tra la summenzionata sentenza (relativa alla fase della gara d'appalto) e il caso in esame (fase dell'esecuzione dell'appalto pubblico), è fondato chiedere alla Corte un chiarimento su tale questione. Inoltre, dal punto di vista del problema posto, la consapevolezza di come una legge viene applicata nella pratica in un determinato Stato membro comporterà che tale soggetto nel determinare il prezzo terrà conto dell'eventuale rischio di rinnovo della garanzia e presenterà un'offerta meno vantaggiosa. Tale situazione può anche portare a una distorsione della concorrenza nel mercato comune e ciò non è auspicabile. I principi di non discriminazione e di parità di trattamento degli operatori dei diversi Stati membri dovrebbero portare a una situazione in cui il contratto e i documenti di gara siano preparati in modo tale che tutti gli offerenti ragionevolmente informati e di ordinaria diligenza siano in grado di calcolare il prezzo sulla base di una serie di obblighi descritti in modo chiaro. Pertanto si dubita che si possa ammettere che la portata di tali obblighi possa essere determinata in base al diritto nazionale applicato per analogia solo per effetto di un generico rinvio contenuto nel contratto. L'accertamento al momento della procedura di appalto pubblico, che al

contratto indicato nell'appalto si applicano per analogia le disposizioni di un altro contratto eccede l'ordinaria diligenza degli offerenti, tanto più quando tale interpretazione si basa su una prassi delle autorità nazionali che non è uniforme.

54 Questione pregiudiziale e suggerimento di risposta.

55 Tenuto conto di quanto precede il giudice del rinvio ritiene fondato, in base all'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente domanda di pronuncia pregiudiziale:

Se i principi di trasparenza, parità di trattamento e concorrenza leale, di cui all'articolo 2 della 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 (attualmente articolo 18, paragrafo 1, 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) debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad un'interpretazione del diritto nazionale che consente di determinare il contenuto di un contratto di appalto pubblico, stipulato con un consorzio composto da soggetti provenienti da diversi Stati membri dell'Unione europea, mediante l'inclusione in tale contratto di un obbligo, che indirettamente potrebbe incidere sulla determinazione del prezzo dell'offerta presentata da tale operatore economico, non espressamente previsto nel contratto o nei documenti di gara ma desumibile da una disposizione di diritto nazionale che non è direttamente applicabile a tale contratto, ma che viene applicata per analogia.

56 Il giudice del rinvio propone di rispondere alla domanda in senso affermativo.