

**APPALTI PUBBLICI (*offerte anormalmente basse - aiuti di Stato*)**

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZ. V, 18 dicembre 2014, causa C-568/13, *Data Medical Service*.

Con la sentenza che si segnala la Corte di giustizia ha potuto confermare che non vi sono preclusioni — a livello europeo — circa la natura pubblica o privata dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, al contempo assumendo un'interessante posizione in ordine al rapporto tra offerte anormalmente basse e aiuti di Stato.

Il giudizio *a quo* aveva ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione all'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (di seguito, Azienda) da parte della Regione Lombardia del servizio triennale di elaborazione dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci. Il T.A.R. Lombardia aveva accolto il primo motivo di ricorso della *Data Medical Service* (di seguito, DMS) secondo cui l'Azienda avrebbe dovuto essere esclusa in ragione del fatto che un ente pubblico non può partecipare a una gara d'appalto. Non solo, il Tribunale aveva altresì affermato che, comunque, in favore di tali enti è possibile «*solamente l'affidamento di un appalto in via diretta*» (p. 21).

A seguito di appello promosso dall'Azienda, tuttavia, il Consiglio di Stato ha mostrato alcuni dubbi in ordine alle conclusioni cui è pervenuto il Collegio di primo

grado, così sollevando le due questioni pregiudiziali affrontate dalla Corte di giustizia con la sentenza in esame.

In primo luogo è convinzione del Consiglio di Stato che, a seguito delle riforme intervenute nel settore, le Aziende sanitarie sono vere e proprie « *aziende dotate di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale, vale a dire autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione* » (p. 24). Il che porta il Collegio ad interrogarsi sulla esistenza, o meno, di eventuali preclusioni europee a che le stesse possano partecipare a procedure ad evidenza pubblica.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ritiene necessario interrogare la Corte circa l'ulteriore censura mossa dalla DMS avverso l'aggiudicazione a favore dell'Azienda. Aveva sostenuto la seconda classificata che la partecipazione ad una gara di un soggetto come l'Azienda che beneficia di finanziamenti pubblici si pone in contrasto con il principio di parità di trattamento tra concorrenti, posto che in una siffatta situazione sarebbero trattati allo stesso modo i concorrenti che devono stare sul mercato e quelli che possono contare anche su finanziamenti pubblici. Secondo DMS questi ultimi, grazie ai sussidi per le attività di servizio pubblico che prestano, e delle relative compensazioni, sarebbero in grado di presentare offerte assai più vantaggiose di quelle che un soggetto privato potrebbe mai formulare (cfr. sentenza segnalata, p. 28). Sul punto il Consiglio di Stato prospetta anche la necessità di « *ricercare meccanismi correttivi volti a riequilibrare le condizioni di partenza tra i diversi operatori economici, meccanismi che dovrebbero andare oltre le procedure di verifica dell'eventuale anomalia delle offerte* » (cfr. sentenza segnalata, p. 28)

Sulla prima questione la Corte di giustizia risponde senza eccessive difficoltà, richiamandosi semplicemente alla propria precedente giurisprudenza. Il che, vale incidentalmente sottolineare, pone alcuni dubbi sulla necessità che avesse il Consiglio di Stato di sollevare la relativa questione. Ad ogni modo, la Corte evidenzia non solo che la possibilità per gli enti pubblici di partecipare alle gare risulta dal tenore letterale della direttiva 92/50 (applicabile *ratione temporis* al caso di specie), ma anche che « *tale possibilità di partecipazione è stata riconosciuta dalla Corte nella sentenza Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punto 51), ed è stata ribadita nelle sentenze successive ARGE (EU:C:2000:677, punto 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, punto 38) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (EU:C:2012:817, punto 26)* » (p. 33).

La soluzione accolta dalla Corte non stupisce. Oltre che essere la più rispondente al tenore letterale delle direttive, ed alla consolidata giurisprudenza europea, la stessa risponde anche perfettamente alla *ratio* della disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica. Come spiega la stessa Corte, « *uno degli obiettivi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile* » (p. 34). Sicché è naturale conseguenza che qualsiasi restrizione alla possibilità di partecipare ad una gara potrebbe risultare in contrasto con il fine dell'apertura del mercato interno.

Sul punto appare peraltro particolarmente interessante l'affermazione dei Giudici comunitari secondo cui detta apertura « *è anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata* » (*ibidem*). Il che, se pur riecheggia la finalità che un tempo si ascriveva in via principale alle procedure previste dalla legge di contabilità dello Stato (r.d. n. 2440/1923) per la selezione dei contraenti della Pubblica Amministrazione, appare

particolarmente significato laddove sia la Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, a riconoscerlo a supporto del massimo *favor participationis*.

Quanto alla seconda questione, la Corte esclude anzitutto in radice che allo stato attuale sia necessario implementare nuovi « meccanismi correttivi volti a riequilibrare le condizioni di partenza tra operatori economici disomogenei » (p. 41). La Corte afferma infatti che « il legislatore dell'Unione, pur essendo consapevole della diversa natura dei concorrenti che partecipano a un appalto pubblico, non ha previsto altri meccanismi oltre a quello della verifica e dell'eventuale rigetto delle offerte anormalmente basse » (p. 41).

L'assunto di partenza della Corte è che il solo fatto di ricevere sovvenzioni da parte dello Stato non esclude di per sé la possibilità di partecipare a procedure ad evidenza pubblica, pur anche laddove ciò permetta di presentare offerte più vantaggiose di quelle che un altro soggetto potrebbe formulare (p. 43).

D'altro canto, la Corte ricorda anche che in determinate condizioni le Amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo, o quantomeno la facoltà, di escludere dalla gara imprese che ricevano sovvenzioni pubbliche, specie laddove le stesse costituiscano misure di aiuto incompatibili ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (p. 44).

In tale prospettiva, la Corte condivide la posizione della Commissione secondo cui la circostanza che l'offerente tenga una contabilità separata secondo le modalità indicate dalla c.d. direttiva 2006/111/CE (c.d. Direttiva Trasparenza) può offrire utili strumenti di verifica circa la possibilità che un'offerta sia anormalmente bassa a causa di un elemento integrante un aiuto di Stato. Tuttavia la Corte sottolinea che l'assenza di una siffatta contabilità separata non può equivalere ad una "presunzione" a favore della conclusione che l'offerta « sia stata resa possibile grazie all'ottenimento di una sovvenzione o di un aiuto di Stato non conforme al Trattato » (p. 45).

Secondo la Corte lo strumento da utilizzare per verificare se un'offerta particolarmente vantaggiosa sia stata resa grazie a sovvenzioni pubbliche è quello della procedura di verifica delle offerte anormalmente basse (così come delineato dalla Direttiva 92/50 applicabile *ratione temporis* alla fattispecie). La Corte sottolinea che detto istituto è in grado di offrire tutti gli strumenti in contraddittorio con l'impresa interessata per verificare come si sia formata l'offerta.

La Corte ritiene infatti che, essendo l'Amministrazione legittimata (ed onerata) ad individuare il livello di anomalia in relazione a ciascuna gara (p. 49), rispetto alle prestazioni da eseguire, la stessa « può, al fine di garantire una sana concorrenza, prendere in considerazione non soltanto le circostanze elencate all'articolo 37, paragrafo 2, della direttiva 92/50, ma anche tutti gli elementi pertinenti con riferimento alla prestazione di cui trattasi ».

Tale prospettiva è particolarmente interessante in quanto in tal modo l'esame delle offerte anormalmente basse può divenire un ulteriore strumento, *sui generis*, di controllo degli aiuti di Stato. Le Amministrazioni aggiudicatrici, dall'analisi della composizione dell'offerta, ed in particolare attraverso l'acquisizione delle opportune informazioni dall'impresa interessata, potranno verificare se un'offerta particolarmente bassa possa essere il risultato dell'utilizzo di sovvenzioni ricevute dalla concorrente in violazione dei Trattati.

Può infine rilevarsi che la prospettiva accolta dalla Corte con la sentenza che qui si segnala conferma quanto chi scrive aveva già anticipato su questa *Rivista* in ordine

alla possibilità per le entità *in house* di muoversi sul mercato concorrenziale per il 20% del loro fatturato (secondo quanto previsto dalle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica). Si era infatti sostenuto che la generosa misura ammessa dal legislatore non dovesse stupire posto che, in ottica europea, v'è la disciplina sugli aiuti di Stato a garanzia che le imprese affidatarie *in house* non sfruttino sul mercato concorrenziale le eventuali compensazioni di cui siano beneficiarie [cfr. G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in questa *Rivista*, 5, 2014, pp. 1007-1008].

Il che è proprio quanto finisce con il riconoscere la Corte, chiarendo che, nelle singole gare, potrà poi intervenire il meccanismo di verifica delle offerte anormalmente basse quale controllo di ultima istanza atto ad evitare che una misura di aiuto possa garantire ad un'impresa un illegittimo vantaggio competitivo nel mercato interno.

GHERARDO CARULLO