

Evidenza pubblica e appalti finanziati da contributi europei: le eccezioni alla gara pubblica devono essere debitamente motivate

di Ilaria Turturo

Title: Public tender procedure and contracts financed by the European Union: exceptions to the public tender must be duly motivated

Keywords: Public tender procedure, Public contracts, Exceptions.

1. – Nella sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata circa la centralità e indefettibilità della procedura di evidenza pubblica, (salve le eccezioni normativamente previste), in particolare, nel caso di appalti finanziati dall'Unione Europea.

Come è noto, l'evidenza pubblica è il procedimento con il quale la Pubblica amministrazione (d'ora in poi P.A.) addivene alla scelta dell'operatore economico al quale aggiudicare contratti di lavori, servizi o forniture e si caratterizza in una serie di fasi volte a garantire che tale scelta avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza, buon andamento e imparzialità della P.A., nonché della tutela della concorrenza al fine di aggiudicare il contratto all'operatore economico che risponda al meglio alle richieste di cui al bando di gara. L'osservanza di tale procedura per la stipula dei contratti pubblici rappresenta, dunque, una importante garanzia, e, pertanto, le ipotesi deroga alla stessa rappresentano l'eccezione (Bersi - Damonte, *Procedura negoziata con o senza previa pubblicazione di un bando di gara*, in Garofoli - Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, Roma). Tali eccezioni sono normativamente disciplinate e la ricorrenza di una di esse deve essere oggetto di puntuale motivazione: in altre parole, la scelta di procedere all'affidamento diretto di un contratto pubblico è da ritenersi quale eccezione alla regola dell'evidenza pubblica e, come tale, deve essere, dunque, debitamente motivata (AA.VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano 1992).

2. – Appare opportuno riassumere la vicenda che ha originato la sentenza della Corte di Giustizia di cui al presente commento. La Commissione Europea ha pubblicato un invito a presentare proposte di azione per la concessione di un contributo finanziario nell'ambito del programma di lavoro annuale per la concessione di sovvenzioni nel settore delle reti transeuropee dell'energia.

All'esito della predetta selezione, ha individuato tra i programmi idonei a beneficiare del contributo finanziario due progetti presentati dalla Terna Spa, società con sede in Italia, attiva nel settore della trasmissione e della distribuzione di energia elettrica ad alta tensione. In particolare, con la decisione del 2 dicembre 2008 (C 2008

7941), ha destinato un contributo finanziario massimo di euro 1.542.600,00 al progetto d'interesse comune denominato «Trasmissione di energia elettrica in corrente continua tra Italia e Francia attraverso infrastrutture autostradali (progetto E 221)» e con la decisione del 21 maggio 2010 (C 2010 3360) ha selezionato un ulteriore progetto presentato dalla Terna Spa, denominato «Studio di fattibilità per una nuova interconnessione elettrica transfrontaliera meridionale Italia - Francia mediante infrastrutture autostradali (progetto E 255)», al quale ha fornito un contributo finanziario massimo di Euro 500.000,00 .

La società Terna Spa, per l'esecuzione dei suddetti progetti, ha ravvisato la necessità dell'acquisizione di servizi relativi ad attività di ricerca, di sviluppo e di supporto specialistico, per la fornitura dei quali ha ritenuto di affidare 7 incarichi diretti alla società CESI Spa, della quale è azionista al 42,68%, nell'ambito di tre accordi quadro stipulati con la stessa. La deroga alle regole pubblicistiche dell'evidenza pubblica viene giustificata dalla Terna Spa facendo valere ragioni di natura tecnica che ha ritenuto potessero essere soddisfatte solo da CESI Spa.

Dopo l'esecuzione dei due progetti, la Commissione comunicava a Terna Spa che una società esterna di *auditing* avrebbe sottoposto ad *audit* finanziario i costi dichiarati da Terna nell'esecuzione dei predetti progetti. All'esito di tale procedura, la Commissione riteneva che i costi sostenuti non erano ammissibili e provvedeva ad avviare una fase di contraddittorio con la società e, alla luce delle osservazioni e delle spiegazioni della stessa, disponeva un supplemento d'istruttoria. Tale contraddittorio con Terna Spa non cambiava la valutazione della Commissione che riteneva ingiustificato l'aver attribuito incarichi diretti a CESI Spa senza l'esperimento di una procedura di gara. Pertanto con una lettera, la Commissione comunicava che avrebbe provveduto entro un mese ad emettere due note di debito per il recupero dell'importo di Euro 414.101,72 per il progetto E 221 e di Euro 80.000,00 per il progetto E 255.

Con ordinanza del 13 settembre 2016 il Tribunale dell'Unione Europea ha respinto il ricorso della Terna Spa avverso le suddette lettere. E tale ordinanza è stata oggetto di impugnazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per i motivi di cui si dà di seguito conto.

3. – Con il primo motivo di impugnazione Terna Spa fa valere una violazione degli articoli 14 e 37 della Direttiva 2004/17/CE. Come è noto il Parlamento Europeo e il Consiglio il 31 marzo 2004 hanno adottato tale Direttiva al fine di coordinare le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. Si tratta, in altre parole, dei cosiddetti settori speciali che l'Unione Europea ha sentito l'esigenza di disciplinare per assicurare l'apertura degli stessi alla concorrenza così da liberalizzarli e assicurare parità di trattamenti e non discriminazione agli operatori economici privati.

Tale Direttiva 2004/17/CE assieme alla Direttiva 2004/18/CE, che ha disciplinato i settori ordinari, rappresenta, però, la disciplina previgente nel settore dei pubblici appalti, poiché la disciplina attualmente in vigore è dettata dalle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE che hanno dato luogo ad un'ampia riforma del settore (R. Caranta, D.D. Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2014, 493 ss.) al fine di realizzare un maggiore coinvolgimento delle piccole e medie imprese e una più forte tutela della concorrenza, nonché la promozione dell'innovazione e l'utilizzo di procedure e criteri di selezione del contraente più flessibili (H. Caroli Casavola, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in A.A. V.V., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.12/2014, 1136-1141). Pertanto, la ragione per la quale si fa riferimento alla previgente Direttiva 2004/17/CE nella pronuncia di cui al presente commento, è perché si tratta della disciplina applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa.

Terna Spa lamenta, innanzitutto, come primo motivo di impugnazione, la falsa applicazione degli artt. 14 e 37 della predetta Direttiva concernenti rispettivamente la disciplina dell'accordo quadro e del subappalto. La doglianza della società si riferisce al fatto che la Commissione avrebbe valutato la legittimità degli incarichi affidati in via diretta a CESI Spa alla luce degli accordi quadro con essa stipulati.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiarisce come invece il Tribunale abbia operato correttamente perché i 7 incarichi affidati senza gara alla CESI Spa si inseriscono nell'ambito di accordi quadro con la stessa stipulati che non possono non formare oggetto di valutazione complessiva.

Innanzitutto, l'accordo quadro è un accordo concluso fra uno o più enti aggiudicatori e uno o più operatori economici allo scopo di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi o le quantità previste (artt. 1, par. 4 e 14 della Direttiva 2004/17/CE). L'accordo quadro ha l'obiettivo di accorpate il più possibile acquisti ripetitivi ed omogenei, in modo da evitare frequenti ripetizioni degli affidamenti, lunghi ed oltretutto dispendiosi sotto l'aspetto economico per le Amministrazioni interessate, le quali possono quindi acquisire beni e servizi con maggiore speditezza e minori costi di gestione. Ma la stipula di un accordo quadro, come già chiarito dal Tribunale dell'Unione Europea nella sentenza impugnata (v. punto 72 della sentenza impugnata, T - 387/16, del 18 ottobre 2018, Terna Spa c. Commissione), non esime la P.A. dal ricorrere alla procedura di gara, in assenza di eventuali fattori che possano comportare una eccezione in ossequio al dettato normativo. L'art. 40 della Direttiva prevede, infatti, che per aggiudicare gli appalti di forniture, lavori e di servizi, gli enti aggiudicatori debbano ricorrere alle procedure di evidenza pubblica e che possano avvalersi di una procedura senza la previa indizione di una gara solo in ipotesi eccezionali, come quella di cui al par. 3, lett c) a cui fa riferimento la Terna Spa, ossia «quando, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato».

4437

La Corte di Giustizia ritiene che il Tribunale abbia errato nell'interpretazione dell'art. 37 della più volte citata Direttiva, in combinato disposto con l'art.40. Il Tribunale dell'Unione Europea ha ritenuto nel giudizio di primo grado che il fatto che CESI Spa avesse subappaltato taluni incarichi affidatigli in via diretta da Terna Spa alla CESI Spa, dimostrasse che quest'ultima non era l'unico operatore economico a cui l'appalto potesse essere affidato. Invece, osserva la Corte di Giustizia che, «è vero che il ricorso al subappalto è escluso in forza dell'art. 40, par. 3, lett. c) di detta direttiva per quanto riguarda le ragioni di natura tecnica che hanno giustificato l'affidamento diretto del contratto di cui trattasi, poiché tale subappalto dimostrerebbe che l'operatore economico che ha beneficiato di tale affidamento diretto non era l'unico in grado di eseguire gli incarichi richiesti. Tuttavia, il ricorso al subappalto riguardo ad incarichi per i quali non sussistano "ragioni di natura tecnica" deve restare possibile. Peraltro - rileva la Corte - la facoltà di ricorrere al subappalto è un elemento importante del sistema degli appalti pubblici dell'Unione, la cui limitazione sarebbe possibile solo sulla base dell'applicazione di una norma del diritto dell'Unione come interpretata da una giurisprudenza consolidata della Corte». Ritiene la Corte che tale constatazione non sia in contrasto con una sua precedente decisione su un caso analogo verificatosi in Grecia (sentenza del 2 giugno 2005, Commissione c. Grecia, C394/02, punti 34 e 37) alla quale il Tribunale aveva, invece, fatto espressamente riferimento ai punti 63 e 64 della sentenza impugnata a sostegno della propria argomentazione. La Corte di Giustizia sottolinea come anche in quel caso l'illegittimità dell'affidamento diretto dell'appalto ad una società non derivasse dal fatto che il governo ellenico avesse invitato più di un operatore economico a presentare un'offerta (dimostrando, così, secondo la ricostruzione del Tribunale UE che più di una società avesse in astratto i requisiti tecnici per eseguire l'appalto, non ricorrendo, dunque, la giustificazione dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 40, par. 3, lett c) bensì dal fatto che il governo

ellenico noi avesse giustificato in modo convincente che soltanto l'aggiudicatario diretto di cui trattavasi fosse l'unico in grado di eseguire l'appalto.

Quanto alla seconda parte del primo motivo di impugnazione, ovvero l'asserita violazione dell'art. III. 3.7, paragrafi 1, 4 e 6 dell'allegato III di ciascuna delle decisioni della Commissione del 2 dicembre 2008 e del 21 maggio 2010, la Corte di Giustizia ritiene di respingere questo motivo di impugnazione, in quanto irricevibile, poiché non sufficientemente argomentato (cfr. sentenza del 17 maggio 2017, Portogallo/Commissione, C 337/16, punto 19 e giurisprudenza ivi citata).

4. – Quanto al secondo motivo di impugnazione Terna Spa lamenta che il Tribunale abbia erroneamente ritenuto che gli incarichi affidati dalla stessa in via diretta a CESI Spa non presentassero la specificità tecnica di cui all'art. 40, paragrafo 3, lett c) della Direttiva 2004/17/CE.

Come già detto, tale norma consente in via eccezionale di ricorrere all'affidamento di un appalto senza previa procedura di gara qualora, per le specificità tecniche del caso concreto, ci sia un unico operatore in grado di eseguire un determinato appalto.

Al riguardo, parte impugnante aveva fatto valere già dinanzi al Tribunale la circostanza che le attività oggetto di tali prestazioni implicavano l'utilizzo di un *software* o di un programma già utilizzato da Terna Spa congiuntamente a CESI Spa. La Corte di Giustizia, nel rigettare questo motivo di impugnazione, fa proprie le argomentazioni del Tribunale in quanto, se tale aspetto può rilevare nell'ambito di un confronto con altri operatori concorrenti, non può, però, giustificare l'esclusione a priori di qualsiasi altro operatore sulla base dell'asserita competenza esclusiva di CESI Spa. Infatti, come aveva già posto in rilievo il Tribunale, nulla avrebbe impedito a Terna Spa nel caso di un'offerta più vantaggiosa di quella di CESI di concedere una licenza per l'utilizzo del *software* o del programma in questione al nuovo operatore. Inoltre «se si potessero invocare i precedenti rapporti professionali con l'ente aggiudicatore per poter escludere qualsivoglia procedura di gara in caso di nuovi appalti, l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici, perseguito dalla Direttiva 2004/17/CE risulterebbe inevitabilmente compromesso e si giungerebbe al risultato paradossale di ostacolare la concorrenza in favore dell'esecutore» (v. punto 83, sentenza 18 ottobre 2018 del Tribunale dell'Unione Europea, causa T- 387/16, Terna Spa c. Commissione).

Sottolinea, inoltre, la Corte come l'impugnazione davanti ad essa sia limitata alle sole questioni di diritto, dovendo, pertanto, ritenersi non suscettibile di sindacato la valutazione dei fatti compiuta dal Tribunale, eccezion fatta per il caso di snaturamento di tali fatti e di tali elementi che però, nel caso di specie non ricorre (v. art. 256, paragrafo 1, TFUE e art. 58, primo comma, dello Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea).

5. – Il terzo motivo di impugnazione attiene all'asserita violazione del legittimo affidamento di Terna Spa da parte della Commissione Europea.

Parte impugnante contesta che le decisioni della Commissione Europea sono in contrasto con il principio del legittimo affidamento, in quanto l'Istituzione Europea ha considerato non ammissibili i costi derivanti dagli incarichi affidati a CESI Spa rientranti nell'accordo quadro n. 3000034279, che non è mai stato oggetto, però, di alcuna contestazione da parte della Commissione, nonostante la pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione di tale accordo quadro nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 7 luglio 2020.

Nel respingere anche tale motivo di impugnazione, la Corte di Giustizia sottolinea come il diritto di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento presuppone rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate e affidabili da parte di autorità competenti dell'Unione (cfr. sentenza 265/85, dell'11 marzo 1987, Van den Bergh en Jurgens e Van Dijk Food Products

(Lopik/CEE). In particolare il radicarsi di un legittimo affidamento presuppone il ricorrere di tre condizioni cumulative (v. sentenza T - 347/03, del 30 giugno 2005, Branco/Commissione):

- un'istituzione dell'Unione Europea deve aver fornito all'interessato assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili;
- tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nella persona cui si rivolgono;
- le predette assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili.

Nel caso di specie non risulta che la Commissione abbia fornito alla società l'assicurazione precisa circa il fatto che essa avrebbe accettato il modo con il quale essa aveva affidato gli appalti di cui ai progetti E221 e E 255. Né, come già affermato dal Tribunale al punto 94 della sentenza impugnata, il silenzio serbato dalla Commissione circa l'affidamento diretto a CESI nell'ambito dell'accordo quadro n. 3000034279, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, può costituire assicurazione idonea ad ingenerare fondate aspettative in ordine all'ammissibilità delle spese.

6. – Quanto al quarto ed ultimo motivo di impugnazione, la società Terna Spa ritiene che sia stato violato il principio di proporzionalità nel ritenere inammissibili tutti i costi di esecuzione degli incarichi di cui trattasi per una pretesa violazione del principio di economicità.

Il principio di proporzionalità ha avuto origine nell'ordinamento tedesco e ha trovato applicazione inizialmente in materia di tutela dei diritti fondamentali. Il giudizio di proporzionalità secondo la dottrina tedesca si fonda su tre parametri, quali la idoneità, l'adeguatezza e la necessità di una determinata misura rispetto allo scopo a cui è volta. Impostazione questa che, attraverso il diritto europeo (D.U. Galetta, *Le principe de proportionnalité*, in J.B. Auby & J. Dutheil de la Rochère (a cura di), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007, 357-376), è stata recepita dalla gran parte dei Paesi dell'Unione Europea (M. Cohen-Eliya & I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, cap.1).

La Commissione, all'esito del supplemento di istruttoria dalla stessa disposto, ha chiarito come la non ammissibilità dei costi non dipendesse dalla violazione del principio di economicità bensì dal mancato rispetto delle norme europee in materia di affidamento di appalti pubblici.

Infatti solo i costi relativi ad appalti che siano aggiudicati conformemente alla normativa dell'Unione sugli appalti pubblici possono essere considerati costi ammissibili. Pertanto la richiesta di recupero dei contributi erogati dall'Unione Europea non può ritenersi in violazione del principio di proporzionalità. Per tali motivi, anche questo motivo di impugnazione viene, pertanto, respinto dalla Corte di Giustizia.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea di cui al presente commento risulta molto importante poiché costituisce, per le future fattispecie analoghe, un precedente di particolare rilievo in materia di appalti finanziati da contributi europei. Se le imprese non vorranno vedersi decurtare in tutto o in parte i contributi finanziari loro concessi per l'esecuzione di un appalto pubblico, dovranno rispettare con attenzione la normativa europea in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, motivando approfonditamente il ricorrere di eventuali eccezioni alla stessa.

Ilaria Turturo
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Pisa
ilyturturo@gmail.com