

Le c.d. “offerte a zero” negli appalti pubblici

di Danilo Pappano

Title: The so-called “at zero tenders” in public procurements

Keywords: Public procurements; *at zero* tenders; symbolic partial tenders.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta nella causa C-367/19 avente ad oggetto l'ammissibilità all'interno di una procedura di gara di offerte con un ribasso rispetto al prezzo indicato a base d'asta del 100% (c.d. offerte a zero). La questione pregiudiziale era stata sollevata in una controversia relativa ad una procedura di gara indetta dal Ministero dell'Interno sloveno finalizzata all'aggiudicazione di un appalto pubblico riguardante l'accesso a un sistema informatico giuridico per un periodo di 24 mesi. Alla gara partecipavano due imprese del settore, una delle quali, la Tax-Fin-Lex, presentava un'offerta con un prezzo finale di € 0. Il Ministero procedeva ad escludere l'impresa ritenendo ciò contrario alle norme relative agli appalti pubblici. Nella controversia che ne è seguita, il giudice ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo “se sussista una “onerosità del rapporto contrattuale” quale elemento di un appalto pubblico nel senso di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, nel caso in cui la stazione appaltante non sia tenuta a fornire alcuna controprestazione, ma l'operatore economico, attraverso l'esecuzione dell'appalto, ottenga l'accesso ad un nuovo mercato e a referenze”. Inoltre, “se sia possibile o necessario interpretare l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 in modo tale per cui esso rappresenta un fondamento per il rigetto dell'offerta di un prezzo dell'appalto di EUR 0”

Va precisato che si trattava di un appalto al di sotto della soglia comunitaria, del valore di circa quarantamila euro, tuttavia la legislazione interna slovena (art. 2, paragrafo 1 della Legge sull'aggiudicazione degli appalti) riproduce la definizione di “appalto pubblico” della citata direttiva europea (art. 2, paragrafo 1, punto 5) rendendo così applicabile nel diritto interno la definizione a qualsiasi appalto pubblico disciplinato dal codice dei contratti, indipendentemente dal suo importo. La Corte Europea sul punto precisa che secondo una giurisprudenza costante (CGUE 18 ottobre 1990, Dzodzi, C-297/88 e C-197/89, punti 36, 37 e 41, nonché CGUE 24 ottobre 2019, Belgische Staat, C-469/18 e C-470/18, punto 23) “un'interpretazione da parte della Corte di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di queste ultime si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni e a quelle rientranti nell'ambito di applicazione di dette disposizioni”.

2. – Alla prima quesitone, se cioè sia sufficiente ai fini della qualificazione di contratto a titolo oneroso il semplice interesse del concorrente ad accedere a nuovi mercati o ad ottenere referenze, nella sentenza sono dedicati pochi righe. La Corte afferma che “un contratto con il quale un’amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare, non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24” (punto 27). E aggiunge che “il fatto, menzionato dal giudice del rinvio e inerente a qualsiasi procedura di appalto pubblico, che l’ottenimento di tale contratto possa avere un valore economico per l’offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l’accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze, è troppo aleatorio e, di conseguenza, non può essere sufficiente, come rilevato, in sostanza, dall’avvocato generale (...), per qualificare tale contratto come «contratto a titolo oneroso»” (punto 28).

La Corte non si dilunga oltre sul punto, tuttavia l’argomentazione avrebbe meritato qualche riflessione in più, perché se ne possono trarre implicazioni di carattere più generale, per le quali è prevedibile che su di essa in futuro la Corte sarà di nuovo chiamata a pronunciarsi per meglio precisarla, perché se presa alla lettera, appare in discontinuità rispetto alla sua precedente giurisprudenza.

La Corte infatti aveva precisato (CGUE, 12 luglio 2011, in causa C-399/1998, punti 76 e ss., riferita alla precedente direttiva 93/37/CEE sugli appalti di lavori) che la previsione secondo cui gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso va interpretata in modo da assicurare l’effetto utile della direttiva escludendo la configurabilità di un contratto a titolo gratuito quando comunque si accompagni ad un’utilità economica per l’operatore. Del resto l’Avvocato generale, nel giudizio davanti alla Corte che ha portato alla sentenza in commento, aveva ricordato alcuni altri precedenti che avevano evidenziato come il corrispettivo non debba necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita anche con altre forme di corrispettivi, come il rimborso spese sostenute per fornire il servizio pattuito. Peraltro, proprio facendo leva su questi orientamenti europei, la giurisprudenza amministrativa in Italia ha individuato una forma di “onerosità debole” negli appalti pubblici. Come noto, in un caso relativo all’affidamento di servizi progettazione (si trattava della redazione di un nuovo piano regolatore) mediante un bando nel quale non era stato previsto da parte del Comune un corrispettivo, ma solo un contributo forfettario per la realizzazione del progetto a titolo di rimborso spese, il Consiglio di Stato ha qualificato il contratto come a titolo oneroso, individuando accanto alla normale onerosità di un contratto di appalto pubblico, una forma debole di onerosità che non è ancora gratuità, ma nella quale, pur in assenza di un corrispettivo adeguato, possa comunque individuarsi un interesse del contraente suscettibile di valutazione economico, quale ad esempio l’acquisto di referenze, l’accesso a nuovi mercato, il ritorno di immagine (Consiglio di Stato, 3 ottobre 2017, V, n. 4614, est. Fantini; per una critica della nozione di onerosità debole che sminuirebbe il ruolo della causa negoziale, v. D. D’Alessandro, *Funzione amministrativa e causa negoziale nei contratti pubblici non onerosi*, Napoli, ESI, 2018 spec. pp. 147-152).

La Corte nella sentenza in commento non svolge uno specifico approfondimento sul punto, ma si limita semplicemente ad affermare che se è vero che “come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni (...) detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito, (...) ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale” (punto 26).

La Corte sembrerebbe così escludere la nozione di “onerosità debole” dalla disciplina degli appalti pubblici, anche se l’affermazione è in *obiter dictum*, perché la controversia non riguarda direttamente una gara bandita dall’amministrazione *ex ante* senza corrispettivo, ma il caso in parte differente di una gara bandita *ex ante* come onerosa, ma nella quale uno degli offerenti presenta un ribasso del 100%.

La Corte si serve dell’argomentazione per affermare che la gratuità o meno della prestazione si pone ai fini dell’applicabilità delle direttive rispetto alla scelta di acquisire *ex ante* una prestazione senza corrispettivo. Ma sembra dire che quando invece la gara è bandita *ex ante* come onerosa, il problema dell’applicabilità o meno delle direttive non è in discussione, e se un concorrente presenta un’offerta senza corrispettivo finanziario, sarebbe irragionevole escluderlo automaticamente dalla procedura e non verificare invece se si è di fronte comunque ad una proposta seria e affidabile. Se non si esclude in generale la possibilità di una prestazione gratuita a favore di un’amministrazione (anche sulla base dell’art. 20 del codice dei contratti pubblici in tema di opere a spese del privato), sarebbe irragionevole escluderla quando l’amministrazione ha già bandito una gara e uno degli imprenditori ha presentato un’offerta senza corrispettivo finanziario.

Ciò che l’amministrazione avrebbe potuto fare prima se avesse saputo della disponibilità di un imprenditore, non si vede perché non possa farlo dopo quando si sia avveduta, sia pure solo mediante la gara, dell’esistenza di un’impresa disponibile ad operare senza corrispettivo.

Peraltro, un’eventuale decisione di revoca della procedura di gara e la conclusione di un contratto a titolo gratuito con l’offerente risulterebbe sufficientemente motivata senza costituire un’ipotesi di comportamento scorretto nei confronti degli altri partecipanti alla gara. Tuttavia, ed è questo un punto decisivo, si tratterebbe di una decisione che difficilmente sarebbe adottata dal dirigente, paradossalmente, proprio per timore dell’avvio di eventuali azioni di responsabilità.

Sarebbe allora irragionevole privare l’amministrazione di una prestazione che conserva i caratteri della serietà e adeguatezza, e che sia offerta senza corrispettivo da parte di un’impresa per motivi che non possono che rientrare nell’ambito della sua autonomia imprenditoriale.

Per la Corte di Giustizia allora la conseguenza è che un ribasso del 100% in sede di gara, non pone un problema di ammissibilità dell’offerta in ragione del carattere necessariamente oneroso dell’appalto pubblico, ma piuttosto solo un problema di affidabilità e serietà della prestazione.

Se si guarda alla sostanza della questione la Corte sembra dire che se l’amministrazione intende comprare un servizio sul mercato ma qualche imprenditore lo offre gratuitamente, è irragionevole precludere una simile possibilità una volta valutato che non ci siano controindicazioni sulla qualità e serietà di quanto offerto. Si immagini un consumatore che entri in un negozio per comprare una computer con determinate caratteristiche, ma senza sapere che quel giorno, una nuova casa produttrice, per esigenze promozionali, regala un computer ai primi 10 clienti del negozio. È ragionevole pensare che il consumatore, accertate la qualità del prodotto e che non ci siano sorprese tra le pieghe dell’operazione (ad. es. vincoli contrattuali complementari, attivazione di abbonamenti, ecc.) accetterà il computer. Perché l’amministrazione dovrebbe comportarsi diversamente da questo consumatore?

L’esempio è volutamente provocatorio ma nella sua semplicità riflette la problematica sostanziale dietro la posizione della Corte quando questa afferma che “che l’articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 non può costituire un fondamento giuridico per il rigetto di un’offerta che proponga un prezzo di EUR 0. Pertanto, tale disposizione non consente il rigetto automatico di un’offerta presentata nell’ambito di un appalto pubblico, quale un’offerta al prezzo di EUR 0, con cui un operatore proponga di fornire all’amministrazione aggiudicatrice, senza esigere alcun

corrispettivo, i lavori, le forniture o i servizi che quest'ultima intende acquisire" (punto 30).

3. – Il ragionamento della Corte è condivisibile in termini di affermazione di principio, tuttavia è necessario sottolineare che la controversia del giudice *a quo* riguardava una gara in cui il prezzo che le imprese avrebbero dovuto offrire era composto di un'unica voce riferita al complesso delle prestazioni dedotte in contratto.

Tuttavia, quando si parla di "offerte a zero" è necessario distinguere il caso in cui l'offerta economica sia unica perché la componente prezzo è prevista dal bando come unitaria, come nella sentenza in commento, dal caso in cui la componente prezzo è articolata in più voci che riguardano i diversi elementi che compongono la prestazione richiesta, su cui i partecipanti alla gara sono chiamati ad offrire valori separati. In questa seconda ipotesi può accadere che un'offerta con un ribasso del 100% sia presentato su una delle componenti del prezzo, e invece sulle altre sia presentato un corrispettivo più o meno competitivo. Si tratta della pratica commerciale nota come "offerta simbolica parziale", nella quale in realtà, l'offerta complessiva non è gratuita, e l'onerosità dell'appalto non è in discussione.

In queste ipotesi, rimane in piedi una logica concorrenziale tra le imprese offerenti, ma l'offerta a zero o simbolica su una delle voci del prezzo determina rilevanti difficoltà applicative.

La prima, può essere l'impossibilità di funzionamento della formula matematica fissata dal bando per la valutazione delle offerte in presenza di moltiplicazioni per zero. Una parte della giurisprudenza ha per questo seguito la strada dell'esclusione automatica dell'offerta a zero, in modo da consentire lo svolgimento della gara (Cons. Stato, 3 aprile 2016, n.1307); si è sottolineato come un'offerta a zero equivalga ad una 'non offerta', perché "il difetto è non già di una voce di prezzo, ma di un elemento essenziale dell'offerta economica per come strutturata dalla stazione appaltante, la cui essenzialità è specificamente manifesta proprio dall'approntamento della formula matematica di valutazione"; e ancora, che l'offerta a zero snaturerebbe un elemento che "pur la stazione appaltante aveva ritenuto, in quanto a suo avviso rilevante, di inserire autonomamente tra i criteri di valutazione (Cons. Stato, III, 15 gennaio 2013, n. 177; nello stesso senso Cons. Stato, V, 06 maggio 2015, n. 2267; ID., V, 16 luglio 2010, n. 4624).

Altra parte della giurisprudenza, ha ammesso invece la possibilità da parte della commissione di gara di attribuire all'offerta zero un valore simbolico (ad esempio di € 0,01) o di introdurre altri correttivi (ad esempio, aggiungere un valore identico a tutte le offerte) in modo da poter operare il raffronto, perché ciò risponde ad un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza volto a salvaguardare gli interessi delle amministrazioni. Le argomentazioni a sostegno hanno ruotato intorno alla impossibilità di introdurre nuove cause di esclusione dalla gara in assenza di una previsione legislativa, al principio del *favor participationis*, all'assenza nel bando della previsione di un importo massimo di ribasso, o al contrario, alla previsione nel bando della possibilità di correggere l'offerta (Cons Stato, VI, 17 settembre 2009, n. 5583; ID., sez. V 9 aprile 2010, n. 2004; ID., VI, 17 settembre 2009, n. 5583; ID, V, 20 dicembre 2004, n. 8146; Cons. Stato, V, 23 settembre 2002, n. 4842. Sui contrasti in giurisprudenza si veda A. Farì, *I "contratti attivi". L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Esi, Napoli, 2018, pp. 50-58).

Una volta ammessa la possibilità di correzione dell'offerta a zero o di presentare offerte *ab origine* simbolica, una ulteriore complicazione si pone perché, per il modo in cui sono il più delle volte costruiti i criteri di valutazione delle offerte economiche, si può arrivare ad alterare il funzionamento della formula prevista nel bando con il risultato di costringere l'amministrazione a privilegiare irragionevolmente l'offerta che, pur gratuita (o simbolica) su una componente del prezzo, è invece nel complesso più

onerosa di un'altra, che non presenta invece nessun ribasso del 100% o valori irrisori sulle componenti del prezzo. Ciò si può verificare perché, come noto, al massimo ribasso si assegna di solito il punteggio più alto, invece alle altre offerte i punteggi sono attribuiti in rapporto all'offerta più bassa, fino ad attribuire punti zero all'offerta con il minimo ribasso. Un concorrente che in un caso di prezzo articolato in più voci offre un ribasso del 100% su una voce non particolarmente rilevante della componente prezzo e invece un'offerta più o meno competitiva, ma non la migliore, sulle altre componenti, può beneficiare del distacco sul punteggio ottenuto per la componente su cui ha offerto un ribasso del 100%, finendo per aggiudicarsi l'appalto anche se nel complesso la sua offerta è più onerosa di altre. Si immagini che per un appalto di servizi il prezzo sia articolato in più voci e che per la voce X del prezzo la commissione di gara possa attribuire fino a 2 punti; per la voce Y fino a 10 punti. Si immagini poi che un'impresa A offra € 0 o € 0,01 sulla componente X del prezzo ed € 200000 sull'altra voce Y; invece l'impresa B offra € 500 sulla componente X e € 180000 sulla componente Y. Se il punteggio offerto è calcolato in rapporto alla migliore offerta cui è attribuito il punteggio massimo, nell'esempio, l'impresa A otterrà 2 punti (punteggio massimo) sulla componente X del prezzo, e l'impresa B un punteggio infinitesimale (perché il rapporto tra le due offerte è infatti di 1 a 50000). Per la componente Y del prezzo, invece l'impresa B otterrà il punteggio massimo di 15 punti, ma su questa voce del prezzo l'offerta dell'impresa A è solo del 10% più basso, per cui l'impresa A otterrà sulla componente X del prezzo 13,5 punti. L'impresa A allora risulterà aggiudicataria anche se complessivamente offre un prezzo di € 200000, a fronte del prezzo complessivo di € 180.500 dell'impresa B. (Sul punto si veda, C. Merluzzi, *L'offerta simbolica parziale negli appalti pubblici*, in *Giuricivile*, 2020, n. 5).

Di fronte a queste difficoltà, la giurisprudenza amministrativa presenta orientamenti contrastanti. Un orientamento restrittivo è nel senso dell'esclusione automatica delle offerte simboliche parziali perché è "preciso dovere di concorrenti, per ogni voce di capitolato, fornire un prezzo preciso che sia concreto e remunerativo di tutte le componenti di costo di ciascuna prestazione", e un'offerta economica di un prezzo di € 0,01 si presenta "manifestamente e capziosamente irrisoria" (Cons. St., sez. IV, 1.4.2011, n. 2073). A tale proposito si è sottolineato inoltre che "la presentazione di offerte pari a zero costituisce elemento idoneo ad influenzare in concreto gli esiti della gara e si configura come fattore di rischio per comportamenti collusivi (in alcun modo ravvisabili nello specifico, ma in astratto ipotizzabili), consistenti nella presentazione di un'offerta pari a zero e di altra non conveniente sotto l'aspetto economico, ma che potrebbe avvalersi dell'azzeramento del punteggio (o comunque della riduzione del differenziale, in caso di correzione dell'importo zero) rispetto ad offerte più convenienti" (Così T.A.R. Campania, sez. I, 2015, n. 1394. Nello stesso senso Cons. di Stato, Sez. V, 16 luglio 2010 n. 4624).

Un diverso orientamento invece, più pragmatico, ragiona non in termini di esclusione automatica dell'offerta, ma tenendo presente le preoccupazioni sottostanti al precedente orientamento, sottolinea come il "problema dell'ammissibilità di un'offerta economica pari a zero per una o alcune delle voci che la compongono, va esaminato caso per caso alla luce delle sue implicazioni nel caso concreto, dovendosi verificare, di volta in volta, se essa sia compatibile con la struttura impressa alla specifica gara dalla sua *lex specialis*, consentendo in particolare l'operatività della formula matematica per l'attribuzione del punteggio ivi prevista, se essa sia rispettosa della par condicio dei concorrenti non alterando la competizione tra i medesimi con artificiose manipolazioni dei valori di prezzo, idonee a influire in modo deterioro sulla valutazione delle offerte avversarie e, ancora, se essa sia da considerarsi affidabile perché nel complesso vantaggiosa per il concorrente e dunque congrua rispetto ai prezzi di mercato." (così TAR Trentino-Alto Adige - Bolzano, sez. I, 10 giugno 2015, n.18; Tar Lazio, III, quater, 30 luglio 2019, n. 10081). Il punto centrale della questione nel caso di un'offerta economica

composta da più voci, su una delle quali avvenga un ribasso del 100% è di comprendere se ci si trovi di fronte ad un'offerta nel suo complesso affidabile e seria, e laddove la voce in questione abbia un carattere marginale e non impedisca di poter ottenere un utile congruo dalla propria offerta complessiva, cadono le ragioni per una automatica esclusione. (In questo senso, Cons Stato, V, 17 marzo 2016, n. 1090, che ha modificato in appello la sentenza contraria del Tar Campania prima citata, in un caso in cui i costi della progettazione esecutiva incidevano per poco più dell'1% sul totale dell'appalto).

4. – Nel variegato panorama giurisprudenziale che si è descritto, tanto nel caso di offerta unica a zero, quanto in quello delle offerte a zero o simboliche parziali, la sentenza della Corte di Giustizia in commento contribuisce al consolidamento della regola della non automatica esclusione e della conseguente necessità della sua verifica di affidabilità e serietà della prestazione.

Non è un caso se nella più recente giurisprudenza ad essa successiva, il Consiglio di Stato abbia già utilizzato la sentenza della Corte di Giustizia per corroborare la conclusione di non escludere l'offerta simbolica parziale in una gara per la fornitura e l'installazione di emettitrici e validatrici di bordo per autobus di linea in cui l'offerta economica era divisa in più voci, e un concorrente, con riferimento alla voce relativa ai canoni di manutenzione e di sicurezza informatica, aveva offerto solo un centesimo di euro (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7255). Nella sentenza del giudice amministrativo si legge: “con riguardo al valore di un millesimo dell'offerta per i due canoni, giustificata (...) in ragione delle economie di scala, occorre ricordare che sono componenti di una più articolata offerta, che, nel suo complesso, non è pari a zero, fermo restando che la giurisprudenza europea ha recentemente chiarito che anche un'offerta pari ad euro zero non ne consente il rigetto automatico, ma impone la sottoposizione al subprocedimento di verifica dell'anomalia, con richiesta all'offerente di spiegazioni in ordine al prezzo ed ai costi proposti”. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia in commento specificamente citata. Come è evidente, si trattava di un caso di offerta simbolica parziale, in cui non era in discussione l'onerosità dell'offerta perché composta da più voci di prezzo.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia in commento, nei casi di offerta simbolica parziale, in cui l'onerosità complessiva sussiste, e non è in discussione il principio di necessaria onerosità dell'appalto pubblico, sarà interessante vedere come il Consiglio di Stato si regolerà nel caso in cui l'offerta simbolica parziale risulti sì quella con il miglior punteggio complessivo, tuttavia si presenti significativamente più onerosa nel suo complesso. La Corte di Giustizia nella sentenza in commento ha il merito di spingere verso la consapevolezza che la questione delle offerte a zero o simboliche, totali o parziali, non può che essere affrontata con la logica del caso concreto. Se ne ricava un invito alla ragionevolezza, che nelle procedure di gara, accanto alla logica della concorrenzialità e dei vincoli procedurali, non dovrebbe dimenticare le esigenze dell'amministrazione. In questa prospettiva, altrettanto interessanti saranno gli sviluppi in ordine all'altra questione toccata dalla sentenza in commento, e cioè la configurazione della “onerosità debole” negli appalti pubblici, che la sentenza in commento sembra escludere quando è l'amministrazione a bandire *ex ante* una gara come gratuita, senza corrispettivo finanziario.