

La Corte di Giustizia fornisce alcune precisazioni sulla estensione della nozione di appalto

[Corte giust. comm. ue, sez V, 2 giugno 2016, n. C-410/14, Falk Pharma GmbH](#)

Contratti pubblici – Appalto - Nozione – Convenzione aperta – Esclusione.

Contratti pubblici – Appalto - Convenzione aperta - Interesse transfrontaliero – Principi del Trattato – Applicabilità.

L'art. 1, par. 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non costituisce un appalto pubblico, ai sensi di tale direttiva, un sistema di convenzioni attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che si impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso. (1)

Nei limiti in cui l'oggetto di una procedura di ammissione a un sistema di convenzioni presenti un interesse transfrontaliero certo, essa deve essere concepita e organizzata conformemente alle norme fondamentali del Trattato FUE, e in particolare ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva. (2)

(1 -2) Con la sentenza in epigrafe la Corte condivide i dubbi del remittente tedesco in merito all'esclusione dalla nozione di appalto di un sistema aperto di convenzione per gli acquisti di una p.a. (nel nel nostro sistema giuridico assimilabile ad un accordo quadro eventualmente concluso da una centrale di committenza, sul punto v. da ultimo, e proprio con riferimento alle forniture sanitarie Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445; sul favore dell'ordinamento per le centrali di committenza, Sez. V, 30 aprile 2015, n. 2194).

In particolare, la fattispecie prevedeva una «procedura di ammissione» per la stipula di una convenzione di sconto, relativamente ai medicinali il cui principio attivo è la mesalazina. Il tasso di sconto era fissato a 15% del prezzo «*ex fabrica*» ed il periodo coperto andava dal 1° ottobre 2013 al 30 settembre 2015. Tale procedura prevedeva l'ammissione di tutte le società interessate che soddisfacevano i criteri d'ammissione e la conclusione con ciascuna di tali società di contratti identici, i cui termini erano predeterminati e non negoziabili. Inoltre, qualsiasi altra società che soddisfacesse tali criteri aveva ancora la possibilità di aderire, alle stesse condizioni, al sistema di convenzioni di sconto durante il

periodo di validità di quest'ultimo. In proposito, la soluzione negativa accolta dalla Corte si basa essenzialmente sul seguente argomento: allorché un ente pubblico cerchi di concludere contratti di fornitura con tutti gli operatori economici desiderosi di fornire i prodotti in questione alle condizioni indicate da tale ente, la mancata designazione di un operatore economico a cui sia accordata l'esclusività su un appalto fa sì che non sussiste la necessità d'inquadrare l'azione di tale amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle precise norme della direttiva 2004/18, per impedirle di attribuire un appalto favorendo gli operatori nazionali.

Per completezza si segnala:

a) in generale, sull'estensione ed i limiti della nozione di appalto, Corte giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13, Asl n. 5 Spezzino, in Foro it., 2015, IV, 145, con note di PALMIERI e ALBANESE;

b) nel sistema del vecchio codice dei contratti pubblici, sulla nozione di accordo quadro, v. artt. 3, co. 13, e 59, d.lgs. n. 163 del 2006; nonché artt. 122, co. 1 e 287 co. 1, del regolamento di esecuzione; sulla nozione di centrale di committenza che conclude anche accordi quadro, v. art. 3, co. 34, d.lgs. n. 163 cit.;

c) nel sistema del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, per la nozione di appalto pubblico v. l'art. 3, lett. ii); per la nozione e disciplina dell'accordo quadro, v. gli artt. 3, lett. iii) e 54; per la nozione e disciplina della centrale di committenza e dell'attività di centralizzazione della committenza (anche attraverso la stipula di accordi quadro), v. gli artt. 3, lett. i) e l), 37, 38, 39, 40, 41 e 43.

Peraltro, anche al fine di evitare elusioni dell'obbligo di indire procedure di gara di appalto, la Corte pone un confine a tale tipologia di convenzioni. Infatti, si evidenzia che, nei limiti in cui il relativo oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo, ogni convenzione è sottoposta alle norme fondamentali del Trattato FUE e, in particolare, ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva e che impone, a sua volta, di procedere ad una pubblicità adeguata.; si sottolinea al riguardo che se gli Stati membri dispongono, in circostanze come quelle caratterizzanti la presente vicenda, di un certo margine di discrezionalità al fine dell'adozione di misure destinate a garantire l'osservanza del principio di parità di trattamento, tuttavia, il necessario rispetto del requisito di trasparenza implica una pubblicità che permetta agli operatori economici potenzialmente interessati di prendere effettiva conoscenza dello svolgimento e delle caratteristiche essenziali della procedura di ammissione alla convenzione.