

La Corte di giustizia UE dichiara manifestamente irricevibile il rinvio pregiudiziale che, riguardando una controversia in materia di appalti c.d. sotto soglia, non dimostri il c.d. interesse transfrontaliero certo.

Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17 – Olympus Italia s.r.l.

Giustizia amministrativa – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE – Contratti pubblici – Importo c.d. sotto soglia – Mancata dimostrazione dell'interesse transfrontaliero certo – Manifesta irricevibilità.

È manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia UE quando l'ordinanza del giudice nazionale, in relazione ad una controversia concernente un appalto sotto soglia comunitaria, non fornisca dati idonei a dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. (1)

(1) I. – Con la pronuncia in rassegna la Corte di giustizia UE ribadisce che, in caso di appalto sotto soglia comunitaria, il giudice del rinvio non può limitarsi a presentare alla Corte elementi dai quali possa essere ricavato, solo in via astratta ed ipotetica, il requisito del c.d. "interesse transfrontaliero certo", ma, al contrario, deve fornire dati idonei a dimostrarne l'esistenza.

I fatti di causa che hanno condotto alla pronuncia della Corte possono essere così ricostruiti:

- nel corso di una procedura di affidamento di servizi sanitari sotto soglia, indetto nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, la commissione di gara, avendo rilevato, in un'offerta economica, l'omessa specifica indicazione degli oneri di sicurezza, ha consentito all'impresa la "regolarizzazione" dell'offerta medesima mediante "soccorso istruttorio";
- il provvedimento di ammissione è stato impugnato da una delle altre imprese concorrenti, lamentando la violazione del d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui è previsto l'obbligo di indicazione separata, all'atto della predisposizione delle offerte, dei costi interni di sicurezza aziendale (art. 95, comma 10, a mente del quale "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"), con divieto di successiva sanatoria (a mente dell'art. 83, comma 9, che esclude la sanabilità delle carenze essenziali della domanda di partecipazione "afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica"), anche qualora siffatta indicazione separata non sia prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione per la presentazione

delle offerte, secondo l'orientamento giurisprudenziale nazionale allo stato prevalente (v. T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Cons. Stato, sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; T.a.r. per il Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.a.r. per la Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604 citate in motivazione cui *adde* T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358; *contra* (e con ampia ricostruzione della problematica) si veda, però, T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. I-bis, 17 maggio 2017, n. 7042);

- adito per la decisione del ricorso il T.a.r. per la Basilicata, con ordinanza 25 luglio 2017, n. 525 (oggetto della News US del 21 agosto 2017, cui si rinvia per gli aspetti sostanziali della questione), nel rilevare che l'offerta contestata era stata redatta conformemente al modulo predisposto dalla stessa stazione appaltante (nel quale non vi era la previsione di una separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale) e che, peraltro, non fosse in discussione, tra le parti, *“il fatto che l'offerta, dal punto di vista sostanziale, rispetti i necessari costi di sicurezza”*, aveva sollevato questione pregiudiziale volta a conoscere se, secondo i *“principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE”*, fosse possibile far discendere, dall'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, *“l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale”*.

II. – La questione così sollevata è stata dichiarata manifestamente irricevibile ai sensi dell'articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia UE (pubblicato in G.U.U.E. 29 settembre 2012, n. L 265), a norma del quale *“Quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata, senza proseguire il procedimento”*.

In particolare, la Corte osserva che:

- a) secondo la costante giurisprudenza comunitaria, l'aggiudicazione degli appalti c.d. sotto-soglia (ossia che, in considerazione del loro valore, non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici) è nondimeno soggetta alle norme fondamentali ed ai principi generali del Trattato FUE, in particolare ai principi di parità di trattamento e di

non discriminazione a motivo della cittadinanza, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva, a condizione che tali appalti presentino un "interesse transfrontaliero certo" (sentenza del 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, in *Foro amm.*, 2016, 2295, solo massime);

- b) riguardo ai criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ricorda che essi possono rinvenirsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri (cfr. anche Corte di giustizia UE, sez. IV, sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *Secap*, in *Urb. appalti*, 2008, 1123 ss., con nota di G. BALOCCO, in materia di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria). In ogni caso – precisa la Corte – l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione: ne deriva che il giudice del rinvio non può limitarsi a presentare alla Corte elementi che permettano di non escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo ma, al contrario, deve fornire i dati idonei a dimostrarne l'esistenza (cfr., ancora, la richiamata sentenza *Tecnoedi*);
- c) nel caso di specie era pacifico, da un lato, che l'importo dell'appalto ammontava ad un importo (85.000 euro) ampiamente inferiore alle soglie di applicazione previste all'articolo 4 della direttiva UE/2014/24; dall'altro lato, il giudice del rinvio non aveva fornito alcun elemento atto a dimostrare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, con conseguente impossibilità, per la Corte, di fornire una risposta utile ai fini della decisione della controversia pendente di fronte al giudice del rinvio, conformemente all'obiettivo di cooperazione sancito all'articolo 267 TFUE.

III. – Per ulteriori approfondimenti si segnala quanto segue:

- d) per un altro recente caso di manifesta irricevibilità del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 53, paragrafo 2, del citato regolamento di procedura, cfr. Corte di giustizia UE, sez. X, ordinanza 27 aprile 2017, n. C-595/16, *Emmea s.r.l.* (oggetto della [News US del 16 febbraio 2018](#)), pronunciata a margine di una controversia che, secondo il giudice nazionale rimettente, coinvolgeva la libertà di

stabilimento e di libera prestazione dei servizi previste dal TFUE (prospettandosi il conflitto tra la vigente legislazione regionale “esclusiva” di una Regione a statuto speciale (che ancora prescriveva l’autorizzazione per l’esercizio di un’attività commerciale), e la sopravvenuta legislazione nazionale, anch’essa “esclusiva” (che aveva invece disposto la totale liberalizzazione del settore in dichiarata applicazione della disciplina euro-unitaria di libera concorrenza): in questo caso la Corte UE ha dichiarato la manifesta irricevibilità del quesito interpretativo in quanto l’ordinanza del giudice nazionale, a fronte di una controversia i cui elementi risultavano tutti collocati all’interno di un solo Stato membro, non aveva indicato sotto quale profilo la controversia presentasse un elemento di collegamento con le disposizioni del diritto dell’Unione europea relative alle libertà fondamentali;

e) in generale, sulla valutazione di ricevibilità di un rinvio pregiudiziale, oltre alle indicazioni ed alla casistica già illustrate nella cit. News US del 16 febbraio 2018, cfr., in dottrina, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2003, 309 ss., in cui si illustrano le diverse ipotesi nel tempo elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia:

e1) anzitutto, la Corte ha spesso escluso di potersi pronunciare in presenza di questioni puramente ipotetiche o non obiettivamente necessarie al giudice nazionale, o comunque senza un collegamento sufficiente con l’oggetto della causa, come ad es. nelle ipotesi di *fictio litis* (qualora, addirittura, le parti siano perfettamente d’accordo sull’esito del litigio e sull’interpretazione delle conferenti norme comunitarie: cfr., ad es., le due sentenze “*Foglia*”, l’una 11 marzo 1980, C-104/79, in *Foro it.*, 1980, IV, 254 ss., nonché in *Giust. civ.*, 1982, I, 561, e l’altra 16 dicembre 1981, C-244/80, in *Giust. civ.*, 1982, I, 561), così, tuttavia, finendo per andare ben oltre il dettato letterale di cui all’art. 267, comma 2, TFUE (secondo cui il giudice nazionale, a fronte di una questione interpretativa, “può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi...”, dal che dovrebbe discendere che la valutazione circa la “necessarietà” del rinvio pregiudiziale sia appannaggio esclusivo del giudice del rinvio);

e2) in secondo luogo, non mancano ipotesi in cui la decisione di “irricevibilità” deriva dall’eccessiva parsimonia dell’ordinanza di rinvio, contenente ad es. indicazioni troppo scarse e/o imprecise, tali da non consentire una definizione del quadro di fatto e di diritto nel quale si inseriscono le questioni sollevate (cfr., ad es., la sentenza 26 gennaio

1993, cause riunite C-320, 321 e 322/90, *Telemarsicabruzzo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1993, 252);

- f) più di recente, cfr. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, sentenza 5 aprile 2011, C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1085 ss., con nota di G. TASSONI, *La pubblicità commerciale tra autogoverno degli Ordini professionali e regole del mercato dei servizi*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 209 ss., secondo la quale spetta al giudice *a quo*, investito della controversia principale, valutare se le disposizioni nazionali siano atte a compromettere seriamente il risultato prescritto da una direttiva: in tale valutazione il giudice del rinvio dovrebbe, in particolare, esaminare se le disposizioni di cui trattasi si presentino come recepimento completo della direttiva nonché determinare gli effetti concreti dell'applicazione di tali disposizioni non conformi alla direttiva e della loro durata nel tempo, mentre non spetta alla Corte verificare l'esattezza di tale valutazione nell'ambito di un esame della ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale; in ogni caso, come ha precisato *ivi* la Corte, la questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione, sollevata dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, beneficia normalmente di una "presunzione di rilevanza";
- g) ancor più recentemente, la Corte di giustizia, nella sentenza 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc ed altro*, in *Foro amm.*, 2017, 1780 ss., ha chiarito che, nell'ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE (basato sulla netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte), il giudice nazionale è l'unico competente ad esaminare e valutare i fatti del procedimento principale, nonché ad interpretare e ad applicare il diritto nazionale, spettando esclusivamente a lui il compito di valutare, alla luce delle particolari circostanze della controversia, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni da sottoporre alla Corte; la "presunzione di rilevanza" della questione così sollevata viene meno, potendo di conseguenza la Corte rifiutarsi di statuire su di essa, soltanto qualora, segnatamente, non siano rispettati i requisiti relativi al contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale riportati all'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte o appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma dell'Unione o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del procedimento principale, o qualora il problema sia di natura ipotetica; a tale riguardo, sempre nella menzionata pronuncia, la Corte ha ricordato che, anche in presenza di una giurisprudenza comunitaria che risolve il punto di diritto considerato, i giudici nazionali

mantengono la completa libertà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno, senza che il fatto che le disposizioni di cui si chiede l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte abbia l'effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa;

- h) sulla nozione di “interesse transfrontaliero certo”, di recente, v. Corte di giustizia UE, sez. IX, sentenza 19 aprile 2018, C-65/17, *Oftalma Hospital s.r.l.*, con riguardo ad un appalto vertente nella materia sanitaria. Qui la Corte ha, tra l'altro, ribadito che gli appalti sotto-soglia, nel caso in cui presentino nondimeno un interesse transfrontaliero certo, sono assoggettati alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, e segnatamente ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva; senza necessariamente imporre di procedere ad una gara, detto obbligo di trasparenza implica l'esigenza di garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione.