Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 7 marzo 2019[1]

Causa C-41/18

Meca Srl
contro
Comune di Napoli,
con l'intervento di:
Sirio Srl

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Italia)]

«Procedimento pregiudiziale – Appalti pubblici – Motivi facoltativi di esclusione – Ricevibilità – Aggiudicazione definitiva non impugnata dal ricorrente – Venir meno dell'oggetto del procedimento pregiudiziale – Grave illecito professionale – Risoluzione di un contratto precedente in conseguenza di carenze nella sua esecuzione – Contestazione in giudizio che impedisce all'amministrazione aggiudicatrice di valutare l'inadempimento contrattuale fino alla conclusione del procedimento giudiziario»

1. Le norme italiane sui contratti pubblici prevedono che possa essere escluso da una (nuova) procedura di appalto il candidato che, essendo stato aggiudicatario di un contratto precedente, sia incorso in significative carenze nella sua esecuzione, con conseguente risoluzione di tale (primo) contratto.

2. Le medesime norme sembrano indicare[2] tuttavia che, nel valutare l'affidabilità dei candidati nella nuova procedura di appalto, l'amministrazione aggiudicatrice non possa tenere conto delle suddette carenze, in quanto motivo di esclusione, nel caso in cui l'operatore economico che vi è incorso abbia impugnato in giudizio la risoluzione del (primo) contratto.

3. Il giudice del rinvio deve accertare se tale effetto del ricorso giurisdizionale sia conforme ai principi ispiratori della direttiva 2014/24/UE[3] e, in particolare, all'articolo 57 di tale direttiva.

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Sussistono talune divergenze interpretative riguardo al tenore letterale di tali norme. V. paragrafi da 27 a 29 delle presenti conclusioni.

3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/24

4. Ai sensi del considerando 101:

«Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni.

Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificarne l'esclusione».

5. L'articolo 57 («Motivi di esclusione») enuncia quanto segue:

«(…)

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(…)

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

(…)

g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

(…)

5. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4.

6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto.

A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione.

(…)

7. In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4».

B. Diritto italiano. Decreto Legislativo n. 50/2016[4]

6. Ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c):

«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico (…) qualora (…) dimostri[no] con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

II. Fatti e questione pregiudiziale

7. Nell'anno scolastico 2016/2017, la società Sirio Srl partecipava a una gara d'appalto, indetta dal Comune di Napoli (Italia), per la fornitura di un servizio di refezione scolastica, nella quale risultava aggiudicataria.

8. Nel corso dell'espletamento dell'appalto rimanevano intossicati bambini e personale a causa della presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati.

9. A fronte di tali circostanze, in data 29 giugno 2017 il Comune di Napoli a) disponeva la sospensione del servizio, che veniva aggiudicato alla società Meca, seconda classificata nella procedura di appalto, b) risolveva il contratto con la Sirio e incamerava la cauzione.

10. La Sirio impugnava la risoluzione del contratto dinanzi al giudice civile (Tribunale di Napoli, Italia), nell'ambito di una controversia tuttora pendente.

11. Il Comune di Napoli indiceva una nuova gara d'appalto per il servizio di refezione scolastica nell'anno 2017/2018, divisa in dieci lotti, alla quale la Sirio prendeva parte.

12. In applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP, con verbale del 1º agosto 2017 l'amministrazione aggiudicatrice ammetteva l'offerta della Sirio per il lotto n. 7, senza alcuna valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento del contratto precedente.

13. La Meca, che ha partecipato anch'essa alla gara d'appalto relativa al servizio di refezione scolastica per il 2017/2018, ha impugnato l'ammissione della Sirio dinanzi al giudice del rinvio. A suo avviso, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto valutare l'affidabilità della Sirio dopo l'episodio di intossicazione alimentare, anziché limitarsi a constatare che essa aveva contestato in giudizio la risoluzione del contratto precedente.

4 Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI n. 91, del 19 aprile 2016 – Supplemento ordinario n. 10; in prosieguo: il «CCP»).

14. Il giudice del rinvio ritiene che, in casi come quello di specie, la rigorosa applicazione della legge italiana non consenta all'amministrazione aggiudicatrice di valutare l'affidabilità dell'offerente. A suo avviso, il legislatore nazionale avrebbe agito nel senso di una sospensione della valutazione amministrativa, rimessa per intero ad un sindacato giurisdizionale, peraltro incentrato sulla correttezza dell'azione risolutoria e non sull'affidabilità dell'operatore economico.

15. Secondo il giudice del rinvio, la gravità dell'inadempimento non dipenderebbe da una circostanza oggettiva, bensì da una decisione soggettiva dell'operatore economico destinatario della risoluzione anticipata del contratto di impugnare la stessa dinanzi al giudice civile. L'ammissione automatica alla nuova procedura, derivante dalla domanda giudiziale, costituirebbe un incentivo al disconoscimento degli errori professionali e quindi disincentiverebbe l'adozione da parte delle imprese delle opportune misure riparatorie (previste dal considerando 102 della direttiva 2014/24) per evitare che si ripetano le violazioni dalle quali è scaturita la pregressa risoluzione contrattuale.

16. In tali circostanze, il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Italia) sottopone alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57, comma 4, lettere c) e g) di detta direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lettera c), del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione».

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

17. L'ordinanza di rinvio è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 22 gennaio 2018.

18. Hanno presentato osservazioni scritte la Sirio, il Comune di Napoli, i governi italiano e ungherese nonché la Commissione. Solo la Commissione e il governo italiano sono comparsi all'udienza tenutasi il 13 dicembre 2018.

IV. Valutazione

A. L'asserito venir meno dell'oggetto della questione pregiudiziale

19. Secondo la Sirio, l'atto impugnato dalla Meca, vale a dire quello adottato il 1º agosto 2017, che ha consentito alla stessa Sirio di partecipare alla procedura di gara, non ostava all'espletamento di detta procedura culminata, il 7 novembre 2017, con l'aggiudicazione del (nuovo) contratto alla Sirio per l'anno scolastico 2017/2018.

20. Poiché quest'ultimo atto amministrativo non è stato impugnato, la Sirio sostiene che il procedimento pregiudiziale è privo di oggetto, dato che, qualunque ne fosse il risultato, l'aggiudicazione del *secondo* contratto sarebbe definitiva e la sentenza non avrebbe alcuna incidenza sulla stessa.

21. Ritengo, tuttavia, che tale circostanza non sia sufficiente per dichiarare che il rinvio pregiudiziale è divenuto irricevibile. Rilevo che l'impugnazione dell'atto del 1º agosto 2017 continua ad essere pendente e la sua soluzione non dipende dalla circostanza che la Meca non si è opposta all'aggiudicazione del 7 novembre 2017.

22. Nello specifico, l'eventuale dichiarazione di nullità dell'atto del 1º agosto 2017 potrebbe spiegare i propri effetti invalidanti sull'aggiudicazione del 7 novembre 2017 o, qualora ciò non fosse possibile, servire da base, conformemente al diritto interno, e in armonia con l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665/CEE [5], per accordare un risarcimento dei danni eventualmente subiti dalla Meca.

23. Ritengo, pertanto, che il procedimento pregiudiziale non sia privo di oggetto.

B. Precisazioni sull'interpretazione della norma nazionale

24. Il giudice del rinvio considera che l'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP, secondo l'interpretazione della «giurisprudenza nazionale», impone l'«ineludibile obbligo legale» [6] di ammettere a una procedura di appalto il candidato che, dopo avere subito la risoluzione anticipata di un precedente contratto a causa di significative carenze nella sua esecuzione [7], l'abbia contestata in giudizio.

25. La normativa nazionale in vigore è cambiata rispetto a quella precedente (il decreto legislativo n. 163/2006) [8]. Ai sensi di quest'ultima, la stazione appaltante poteva accertare, «con qualsiasi mezzo di prova», i gravi illeciti professionali che giustificassero l'esclusione dell'offerente. Per contro, la nuova disciplina, contenuta nel CCP, combina le lettere c) e g) dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, con le conseguenze già illustrate.

26. Infatti, l'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP espone una definizione generica dei gravi illeciti professionali costituenti un motivo di esclusione e menziona poi, «tra questi», «le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata». Tali carenze, tuttavia, possono comportare l'esclusione dell'offerente interessato unicamente se la risoluzione «non [è stata] contestata in giudizio, ovvero [è stata] confermata all'esito di un giudizio».

27. Tuttavia, secondo quanto spiegato dal governo italiano all'udienza, successivamente al rinvio pregiudiziale sembra essere intervenuto un mutamento nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (Italia) [9], che ha indotto detto governo a modificare l'orientamento delle sue osservazioni.

5 Direttiva del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33).

6 Ordinanza di rinvio, punto 2.3

7 Il giudice del rinvio sembra partire dalla premessa che la Sirio, in quanto responsabile dell'intossicazione alimentare, sia incorsa in una delle «significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico». Nel procedimento pregiudiziale non viene messa in dubbio tale qualificazione.

8 Detto decreto legislativo ha trasposto nel diritto italiano le direttive 2004/17 e 2004/18/CE [Decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI n. 100, del 2 maggio 2006 – Supplemento ordinario n. 107)]. L'articolo 38, paragrafo 1, lettera f), trascritto al punto 8 della sentenza dell'11 dicembre 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), così recitava: «[s]ono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento (…) degli appalti di lavori, forniture e servizi (…) e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (…) f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

9 Detto governo ha richiamato, nello specifico, il parere n. 2616/2018, del 13 novembre 2018.

28. Secondo l'interpretazione di tale parere [10] fornita dal governo italiano, anche qualora fosse sub iudice la risoluzione anticipata del contratto precedente, decisa a motivo delle significative carenze imputate al soggetto che si presenta come candidato a un nuovo contratto, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe valutare discrezionalmente, quale motivo della sua esclusione, l'esistenza di dette carenze, senza attendere la pronuncia della sentenza nel processo civile.

29. La Corte non può, ovviamente, dirimere tale discussione sull'interpretazione della norma nazionale, compito che spetta esclusivamente al giudice del rinvio, cosicché:

– qualora quest'ultimo ritenga di poter assumere l'orientamento che secondo il governo italiano si desumerebbe dal parere del Consiglio di Stato del 13 novembre 2018, potrà interpretare l'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP in senso conforme alla direttiva 2014/24, sulla linea esposta dallo stesso giudice a quo nella sua ordinanza di rimessione, il che farebbe venir meno, di fatto, la necessità del rinvio pregiudiziale;

– qualora, invece, ritenga che tale interpretazione della norma nazionale sia contra legem, la questione pregiudiziale manterrebbe tutto il suo significato.

30. Per risolvere i dubbi esposti dal giudice del rinvio mi atterrò quindi all'interpretazione della norma interna assunta dal medesimo giudice. Di conseguenza, per riprendere i termini della questione pregiudiziale, darò per scontato che, secondo la norma nazionale, «la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, *preclude* ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile».

C. Le cause di esclusione facoltativa secondo la direttiva 2014/24

31. La direttiva 2004/18/CE [11] introduceva l'elencazione dei motivi di esclusione facoltativi ponendo l'accento sull'offerente («[p]uò essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore»), mentre la direttiva 2014/24 lo pone invece sull'amministrazione aggiudicatrice («[l]e amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (…) un operatore economico»).

32. Dopo tale introduzione, entrambe le direttive menzionano una serie di cause facoltative di esclusione, per poi riconoscere agli Stati un certo margine di discrezionalità [12] qualora decidano di recepirle nelle loro norme nazionali. Le due direttive non presentano differenze significative neppure sotto quest'ultimo aspetto:

– l'articolo 45, paragrafo 2, ultimo comma, della direttiva 2004/18 enunciava che «[g]li Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo»;

10 Il parere, data la sua natura consultiva, non equivale a una sentenza resa nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Inoltre, in data 15 maggio 2018 (vale a dire successivamente al presente rinvio), il Consiglio di Stato, questa volta nella sua qualità di organo giurisdizionale, ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale analoga (causa Sicilville, C-324/18, pendente dinanzi alla Corte).

11 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

12 È quanto ho sostenuto nelle conclusioni relative alla causa Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:487, paragrafo 58): la nuova direttiva, al pari di quella precedente, «riconosce agli Stati membri un'ampia discrezionalità nello stabilire le "condizioni di applicazione" delle cause di esclusione facoltativa».

– l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 dispone che, «[i]n forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo» [13].

33. La Corte ha dichiarato, a proposito di tale margine di discrezionalità applicato a motivi di esclusione facoltativi contemplati dalla direttiva 2004/18, che:

– secondo costante giurisprudenza, «l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione» [14];

– «(…) gli Stati membri dispongono quindi di un potere discrezionale certo nella determinazione delle condizioni di applicazione delle cause facoltative di esclusione previste all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18» [15].

34. Su tale margine di valutazione si basa la tesi della Sirio, del Comune di Napoli nonché dei governi italiano (quale figurava nelle sue osservazioni scritte, non in quelle esposte all'udienza) e ungherese: se è possibile non recepire nel diritto interno una causa di esclusione facoltativa, a maggior ragione le norme nazionali possono limitarne l'efficacia, subordinandola alla sussistenza di determinati requisiti (ad esempio, che la previa risoluzione di un contratto precedente, basata su un inadempimento dell'aggiudicatario, sia divenuta inoppugnabile dopo essere stata contestata in giudizio).

35. Tuttavia, il loro argomento non tiene sufficientemente conto del fatto che il potere degli Stati membri, in tale situazione, non è assoluto [16]. Una volta che uno di essi abbia deciso di recepire una delle cause facoltative di esclusione di cui alla direttiva 2014/24 [17], deve rispettarne gli elementi essenziali, quali previsti in detta direttiva.

36. Infatti, stabilendo che gli Stati membri devono «rispett[are] il diritto dell'Unione» allorché specificano «le condizioni di applicazione del presente articolo», l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino, mediante le proprie disposizioni nazionali, i motivi di esclusione facoltativi ivi previsti o ignorino gli obiettivi e i principi normativi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi nel quadro omogeneo della stessa direttiva 2014/24.

37. Come esporrò più avanti, la normativa italiana sulla quale è incentrata la questione pregiudiziale non rispetta gli elementi essenziali della causa di esclusione facoltativa prevista all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24.

13 Sebbene il rinvio al diritto nazionale sia diverso nei due testi, mi sembra che tale differenza costituisca piuttosto una questione di stile. In ogni caso, l'ipotesi contemplata dalla direttiva 2004/18 che potrebbe assumere rilevanza per la soluzione del presente procedimento pregiudiziale (se i fatti fossero accaduti sotto la sua vigenza) sarebbe quella di cui all'articolo 45, paragrafo 2, lettera d) (grave errore professionale), attualmente prevista all'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva 2014/24, e che non faceva riferimento al diritto nazionale.

14 Sentenza del 14 dicembre 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punto 29 e giurisprudenza citata).

15 Sentenza del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 32).

16 Nelle mie conclusioni relative alla causa Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:487, paragrafo 53), ho ricordato che l'esercizio di tale potere non è, tuttavia, illimitato, richiamandomi alla sentenza del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punti 29, 31 e 32).

17 Il governo italiano ha sostenuto in udienza che l'articolo 80, comma 5, del CCP ha riconosciuto quale causa di esclusione obbligatoria, per il suo ambito di applicazione territoriale, quella che nella direttiva 2014/24 appare come solo facoltativa.

D. Sul motivo di esclusione facoltativa previsto all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24

38. L'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 menziona, tra i comportamenti degli operatori economici che possono giustificare la loro esclusione da una procedura di appalto, sia i «gravi illeciti professionali [che rendano] dubbia la [loro] integrità» [lettera c)], sia le «significative (…) carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico (…) che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente» [lettera g)].

39. Dal considerando 101 della direttiva 2014/24 si evince che gli illeciti professionali di cui alla lettera c) sono di natura prevalentemente *extracontrattuale*, vale a dire sono comportamenti illeciti che si esplicano generalmente al di fuori dell'ambito dei rapporti contrattuali. Ciò vale per gli illeciti relativi alla violazione di obblighi ambientali o sociali, l'inosservanza di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale o la violazione di obblighi fiscali o previdenziali. Per contro, il comportamento previsto alla lettera g) configura un tipico inadempimento *contrattuale*.

40. È vero, tuttavia, che alcuni inadempimenti contrattuali possono integrare simultaneamente una modalità di grave illecito professionale, vale a dire commessa nell'ambito di un precedente appalto pubblico, di gravità sufficiente per fondare la risoluzione del rapporto contrattuale.

41. In quest'ottica, tra le due lettere ricorrerebbe un rapporto tra lex generalis [lettera c)] e lex specialis [lettera g)], il che consentirebbe di fare riferimento ai fini e alle giustificazioni della disposizione generale per individuare i principi ai quali deve attenersi l'interpretazione della regola di cui alla lettera g) [18].

42. Entrambe le cause di esclusione si basano su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire *l'affidabilità* del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda. Sebbene la direttiva 2004/18 non si riferisca espressamente a tale elemento, la giurisprudenza della Corte ha provveduto ad elaborarlo [19].

43. La direttiva 2014/24 contempla già l'affidabilità in quanto componente fondamentale del rapporto, proprio laddove tratta dei gravi illeciti professionali. Secondo il considerando 101, primo paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili». Il medesimo considerando fa riferimento, nel secondo paragrafo, ai comportamenti tenuti nell'esecuzione di precedenti contratti «che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico».

44. L'importanza attribuita all'*affidabilità* emerge da alcuni paragrafi (il 6 e il 7) dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, laddove essa consente all'operatore economico di prendere provvedimenti per dimostrare di essere meritevole di fiducia nonostante ricorra un motivo di esclusione. In tal modo, l'elemento dell'*affidabilità* permea i motivi di esclusione relativi alla situazione soggettiva del candidato.

18 Infatti, il legislatore italiano ha fuso le due ipotesi in una sola, ancorché aggiungendo la condizione procedurale (situazioni sub iudice) controversa in questa sede, applicabile unicamente al pregresso inadempimento contrattuale.

19 Sentenze del 20 marzo 2018, Commissione/Austria (Tipografia di Stato) (C-187/16, EU:C:2018:194, punti 88 e 91); del 14 dicembre 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punto 28), e del 9 febbraio 2006, La Cascina e a. (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 21).

45. Orbene, secondo la ratio dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere libera di valutare tale componente (l'affidabilità del candidato) senza essere necessariamente vincolata dalle valutazioni di altri organismi pubblici. Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici, e solo ad esse, valutare la portata degli illeciti che comportano un inadempimento sostanziale del contratto di gravità tale da giustificare la risoluzione di un contratto precedente per perdita di fiducia [20].

E. La normativa italiana alla luce dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24

46. La condizione prevista dalla normativa italiana aggiunge un plus che non è conforme all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 né coerente con le altre parti di tale articolo e che può inoltre condurre a risultati discriminatori per altri offerenti incorsi in gravi illeciti. Pur essendo probabilmente ispirata a una determinata concezione del diritto alla tutela giurisdizionale [21], la normativa interna in discussione si traduce, in ultima analisi, in un premio all'inadempimento contrattuale grave, esimendo di fatto l'autore dalle sue successive conseguenze in virtù della mera proposizione di un'azione in giudizio.

47. Esaminerò brevemente queste due caratteristiche della normativa italiana.

1. Il contrasto tra la normativa nazionale e la direttiva 2014/24

48. Come correttamente rilevato dalla Commissione, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24 non menziona la necessità di attendere il passaggio in giudicato di una pronuncia giurisdizionale per valutare le carenze significative o persistenti nel comportamento dell'aggiudicatario del precedente contratto.

49. In contesti analoghi, in riferimento al diritto dell'Unione vigente all'epoca, la Corte aveva dichiarato che:

– per quanto riguarda il grave errore professionale, le false dichiarazioni o l'omissione di informazioni [previsti all'articolo 45, paragrafo 2, lettere d) e g), della direttiva 2004/18], essi potevano essere «accertat[i] con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice (…) *senza che sia necessario che nei confronti dell'operatore economico sia stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato*» [22];

– «l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 autorizza l'amministrazione aggiudicatrice ad accertare un errore commesso nell'esercizio dell'attività professionale con qualsiasi mezzo di prova. Inoltre, a differenza di tale medesimo comma, lettera c), *una sentenza passata in giudicato non è richiesta* per l'accertamento di un errore professionale, ai sensi della disposizione contenuta nel suddetto comma, lettera d)» [23].

50. La Corte ha quindi escluso che la valutazione di un motivo di esclusione relativo a un errore professionale dipenda dall'esistenza di una precedente sentenza (salvo che ciò sia espressamente disposto dalla stessa norma di diritto dell'Unione), interpretando in tal senso l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18.

20 L'irregolarità commessa dall'aggiudicatario deve essere stata sufficientemente grave («significativa») per giustificare, sotto il profilo del principio di proporzionalità, la risoluzione anticipata del contratto.

21 Secondo il governo ungherese, se l'offerente si oppone alla risoluzione del contratto, la presunzione di innocenza gioca a suo favore e deve implicare che gli sia consentito di partecipare alla procedura di aggiudicazione fintanto che non sia accertato in via definitiva il suo inadempimento contrattuale.

22 Sentenza dell'11 dicembre 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punto 28; il corsivo è mio).

23 Sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 28; il corsivo è mio).

51. Tale giurisprudenza può essere applicata anche al presente procedimento per evidenziare come l'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP non vi si attenga: in caso di risoluzione di un precedente contratto, è sufficiente che l'offerente contesti tale risoluzione anticipata affinché l'amministrazione aggiudicatrice non possa più far valere nei suoi confronti il suo inadempimento nel contesto di una successiva procedura di appalto.

52. Così, un grave inadempimento dell'aggiudicatario, contro il quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia reagito risolvendo un contratto sinallagmatico (il che è legittimo, quando una delle parti non adempia quanto le incombe), non ha alcuna conseguenza sulle procedure successive se l'aggiudicatario contesta dinanzi al giudice civile la risoluzione anticipata del rapporto contrattuale.

53. Attribuendo tale effetto automatico all'azione in giudizio, la normativa interna sottrae all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare pienamente l'affidabilità del candidato, in quanto essa non potrà tenere conto, in quanto fattore rilevante, della risoluzione anticipata, per significative carenze, del contratto precedente.

54. La limitazione imposta all'amministrazione aggiudicatrice, nel caso in cui l'inadempimento contrattuale si trovi sub iudice, priva detta amministrazione della possibilità di escludere un offerente «in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4», come dispone l'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24.

55. Pertanto, la normativa nazionale restringe indebitamente il campo di azione dell'amministrazione aggiudicatrice, espressamente tutelato dall'articolo 57 della direttiva 2014/24 e dalla giurisprudenza che ha interpretato le analoghe disposizioni della direttiva 2004/18, impedendole di accertare la sussistenza di un motivo di esclusione fino alla pronuncia della sentenza in un procedimento civile avviato in relazione alla risoluzione anticipata del contratto.

56. Nella stessa misura, l'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP osta a che l'amministrazione aggiudicatrice valuti se l'offerente abbia adottato misure sufficienti per dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione (articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24).

2. La discriminazione rispetto ad altri offerenti esclusi per avere commesso gravi illeciti

57. La normativa interna controversa può dare luogo a una discriminazione nei confronti degli offerenti che, avendo commesso gravi illeciti professionali diversi dall'inadempimento contrattuale, ne abbiano contestato in giudizio la valutazione. L'articolo 80, comma 5, lettera c), del CCP non pone alcun limite all'amministrazione aggiudicatrice in relazione a tali illeciti, cosicché essa potrà stabilire, liberamente e in modo motivato, che essi non presentano la necessaria affidabilità.

58. Non è giustificabile siffatta disparità di trattamento tra offerenti incorsi, gli uni come gli altri, in cause di esclusione facoltative di natura analoga. L'elemento di distinzione (la pendenza sub iudice della contestazione) dipende esclusivamente dalla circostanza che la parte inadempiente abbia presentato un ricorso contro la risoluzione anticipata del precedente contratto, limitando in tal modo le normali facoltà di valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice.

59. La situazione risulta particolarmente delicata quando l'appalto abbia una portata transfrontaliera, in quanto «può, in particolare, riguardare gli operatori economici di altri Stati membri, che avrebbero meno esperienza con i termini e le modalità di applicazione della normativa nazionale pertinente» [24].

24 Sentenza del 14 dicembre 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punto 42).

60. Poiché la proposizione dell'azione civile dipende esclusivamente dalla volontà dell'appaltatore, la gravità del suo inadempimento sarebbe subordinata alla constatazione non di un elemento oggettivo, bensì di un fattore estrinseco e di carattere piuttosto soggettivo (la mera decisione di proporre un ricorso), che, tuttavia, non sarebbe sufficiente per altri offerenti incorsi in illeciti professionali, specialmente per quelli stabiliti in altri Stati membri.

V. Conclusione

61. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Italia) che:

«L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE osta a una normativa nazionale secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude alla stazione appaltante ogni valutazione circa tale comportamento e la conseguente affidabilità del concorrente, in quanto motivo di esclusione in una nuova procedura di appalto, sino alla definitiva statuizione del corrispondente giudizio civile».