SENTENZA DELLA CORTE (Nona Sezione)

3 giugno 2021

«Rinvio pregiudiziale – Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – Direttiva 2014/24/UE – Svolgimento della procedura – Scelta dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti – Articolo 63 – Offerente che fa affidamento sulle capacità di un altro soggetto per soddisfare i requisiti dell'amministrazione aggiudicatrice – Articolo 57, paragrafi 4, 6 e 7 – Dichiarazioni non veritiere presentate da tale soggetto – Esclusione di detto offerente senza imporgli o consentirgli di sostituire tale soggetto – Principio di proporzionalità»

Nella causa C-210/20,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 20 febbraio 2020, pervenuta in cancelleria il 30 marzo 2020, nel procedimento

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

contro

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

nei confronti di:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

LA CORTE (Nona Sezione),

composta da N. Piçarra, presidente di sezione, D. Šváby (relatore) e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Del Debbio SpA, il Gruppo Sei Srl e la Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., da A. Manzi e F. Bertini, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli e S.L. Vitale, avvocati dello Stato;

dirittobancario.it

–per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondrůšek e K. Talabér-Ritz, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

[1]La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 49 e 56 TFUE, nonché dell'articolo 63 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 (GU 2014, L 94, pag. 65).

[2]Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la Rad Service Srl Unipersonale, la Cosmo Ambiente Srl e la Cosmo Scavi Srl, riunite in seno al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Rad Service (in prosieguo: l'«RTI Rad Service») e, dall'altro, la Del Debbio SpA, il Gruppo Sei Srl, la Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (in prosieguo: l'«RTI Del Debbio») nonché il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla DAF Costruzioni Stradali Srl, la GARC SpA e l'Edil Moter Srl (in prosieguo: l'«RTI Daf»), in merito alla decisione dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (Italia) di escludere l'RTI Del Debbio da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori.

Contesto normativo

Direttiva 2014/24

[3]I considerando 84, 101 e 102 della direttiva 2014/24 enunciano quanto segue:

«(84)Molti operatori economici, non da ultimo le [piccole e medie imprese (PMI)], ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione. Limitare tali requisiti, ad esempio mediante l'uso di un documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata, potrebbe comportare una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici.

L'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura. Ciò potrebbe in particolare valere per le procedure in due fasi – procedure ristrette, procedure competitive con negoziazione, dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione – in cui le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgono della possibilità di limitare il numero di candidati invitati a presentare

dirittobancario.it

un'offerta. L'obbligo di presentare i documenti complementari al momento della selezione dei candidati da invitare potrebbe essere giustificato per evitare che le amministrazioni aggiudicatrici invitino candidati che poi non risultino in grado di presentare i documenti complementari nella fase di aggiudicazione, impedendo la partecipazione di candidati altrimenti qualificati.

Occorre stabilire esplicitamente che il DGUE dovrebbe fornire altresì le pertinenti informazioni sui soggetti alle cui capacità si affida un operatore economico, in modo che la verifica delle informazioni relative a tali soggetti possa essere effettuata contestualmente alla verifica relativa all'operatore economico principale e alle medesime condizioni.

(...)

(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.

(102) Tuttavia, è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una

dirittobancario.it

struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato».

4 L'articolo 18 di tale direttiva, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al suo paragrafo 1, primo comma, così dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».

5 L'articolo 57 di detta direttiva, intitolato «Motivi di esclusione», ai paragrafi da 4 a 7, così dispone:

«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;

(...)

h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59; o

i) se l'operatore economico ha (...) fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

(...)

5. (...)

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

dirittobancario.it

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.

Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva.

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».

[6]Ai sensi dell'articolo 59 della direttiva medesima, intitolato «Documento di gara unico europeo»:

«1. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici accettano il [DGUE] che consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa le seguenti condizioni:

a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, nei quali casi gli operatori economici devono o possono essere esclusi;

b) soddisfa i pertinenti criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 58;

c) se del caso, soddisfa le norme e i criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 65.

Se l'operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti a norma dell'articolo 63, nel DGUE sono comprese altresì le informazioni di cui al presente paragrafo, primo comma, in relazione a tali soggetti.

Il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico, in cui si attesta che il pertinente motivo di esclusione non si applica e/o che il pertinente criterio di selezione è soddisfatto, e fornisce le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice. Il DGUE indica inoltre l'autorità pubblica o il terzo responsabile per determinare il documento complementare e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti complementari.

Se l'amministrazione aggiudicatrice può ottenere i documenti complementari direttamente accedendo a una banca dati a norma del paragrafo 5, il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, quali l'indirizzo Internet della banca dati, eventuali dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso.

(...)

4. L'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura.

Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 3, o dell'articolo 33, paragrafo 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 60 e, se del caso, all'articolo 62. L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati ricevuti ai sensi degli articoli 60 e 62.

5. In deroga al paragrafo 4, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale (Virtual Company Dossier), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione.

(...)».

[7]Intitolato «Mezzi di prova», l'articolo 60 della direttiva 2014/24 prevede quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi di prova di cui ai paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo e all'allegato XII come prova dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 57 e del rispetto dei criteri di selezione ai sensi dell'articolo 58.

Le amministrazioni aggiudicatrici non esigono mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo e all'articolo 62. Conformemente all'articolo 63, gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo per provare all'amministrazione aggiudicatrice che essi disporranno delle risorse necessarie.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico di nessuno dei casi di cui all'articolo 57:

a) per quanto riguarda il paragrafo 1 di detto articolo, un estratto del registro pertinente, come l'estratto del casellario giudiziario o in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del paese d'origine o di provenienza, da cui risulta il soddisfacimento dei requisiti previsti;

b) per quanto riguarda il paragrafo 2 e il paragrafo 4, lettera b), di detto articolo, un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro o del paese in questione;

(...)».

[8]L'articolo 63 di tale direttiva, dal titolo «Affidamento sulle capacità di altri soggetti», è così

formulato:

«1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.

L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

2. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento».

Diritto italiano

[9]Ai sensi dell'articolo 32, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «Codice dei contratti pubblici»):

«L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti».

[10]L'articolo 80, comma 5, lettera f-bis), del Codice dei contratti pubblici così dispone:

«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, (…): f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non

Copyright dirittobancario.it

veritiere».

[11]L'articolo 89 di detto Codice prevede quanto segue:

«1. (...) L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega (…) una dichiarazione sottoscritta dall'[impresa ausiliaria] attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia.

(...)

3. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

[12]Con bando del 3 gennaio 2018, l'Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro ha indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l'ex presidio ospedaliero *Misericordia e Dolce* di Prato (Italia), indicando un importo a base di gara di EUR 5673030,73.

[13]In sede di presentazione della sua offerta, l'RTI Del Debbio ha dichiarato di avvalersi dei requisiti tecnici e professionali posseduti da un'impresa ausiliaria.

[14]Benché occupassero i primi due posti della graduatoria provvisoria, l'RTI Daf, da un lato, e l'RTI Del Debbio, dall'altro, sono stati esclusi dalla gara dall'amministrazione aggiudicatrice. Di conseguenza, l'RTI Rad Service è risultato primo in graduatoria.

[15]L'esclusione dell'RTI Del Debbio è stata motivata dalla presentazione di una dichiarazione dell'impresa ausiliaria che non menzionava un patteggiamento, vale a dire una sentenza di applicazione della pena su richiesta congiunta delle parti, pronunciata nei confronti del titolare e rappresentante legale dell'impresa il 14 giugno 2013 e passata in giudicato l'11 settembre 2013. Orbene, in diritto italiano, il patteggiamento sarebbe espressamente equiparato, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, ad una sentenza di condanna relativa al reato di lesioni colpose, commesso in violazione delle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

[16]L'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che l'impresa ausiliaria avesse fornito una dichiarazione falsa e non veritiera alla domanda contenuta nel DGUE, diretta a stabilire se essa si fosse resa responsabile di gravi illeciti professionali, di cui all'articolo 80, comma 5,

dirittobancario.it

lettera c), del Codice dei contratti pubblici. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che l'RTI Del Debbio dovesse essere automaticamente escluso dalla procedura, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera f-bis), e dell'articolo 89, comma 1, del medesimo Codice.

[17]Dopo che il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Italia) ha annullato, tramite due sentenze, l'esclusione dell'RTI Del Debbio e dell'RTI Daf, l'RTI RAD Service ha impugnato tali sentenze dinanzi al giudice del rinvio, ossia il Consiglio di Stato (Italia).

[18]Quest'ultimo ritiene che, in forza dell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del Codice dei contratti pubblici, la dichiarazione non veritiera resa dal rappresentante legale dell'impresa ausiliaria in sede di gara comporti automaticamente il dovere per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere l'offerente che ha fatto affidamento sulle capacità di quest'ultima, senza possibilità di provvedere alla sua sostituzione. Di conseguenza, la modalità correttiva prevista dall'articolo 89, comma 3, di tale Codice non si applicherebbe, cosicché l'operatore economico non potrebbe sostituire l'impresa ausiliaria.

[19]Il giudice del rinvio dubita tuttavia della compatibilità di tale disposizione con i principi e le norme di cui all'articolo 63 della direttiva 2014/24 nonché con gli articoli 49 e 56 TFUE. Infatti, l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24 mirerebbe in particolare a garantire che le prestazioni siano eseguite da operatori la cui capacità e la cui moralità siano adeguate e imporrebbe, di conseguenza, all'amministrazione aggiudicatrice di consentire alla sostituzione di un'impresa ausiliaria che non soddisfi i criteri o nei confronti della quale esista un motivo di esclusione.

[20]Orbene, prevedendo l'esclusione automatica dell'offerente in conseguenza di dichiarazioni mendaci dell'impresa delle cui capacità intende avvalersi, l'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del Codice dei contratti pubblici precluderebbe la sostituzione dell'impresa ausiliaria e, di conseguenza, il rimedio correttivo previsto nondimeno dal terzo periodo di tale disposizione, per tutti i rimanenti motivi obbligatori di esclusione.

[21]L'articolo 63 della direttiva 2014/24 non prevedrebbe tuttavia alcuna distinzione di regime e imporrebbe la sostituzione dell'impresa ausiliaria in tutte le ipotesi in cui sussistano in capo alla stessa motivi obbligatori di esclusione.

[22]Inoltre, un offerente non disporrebbe della capacità di controllare la genuinità e la correttezza delle dichiarazioni rese dalle imprese di cui intende avvalersi. Per di più dovrebbe fare affidamento sulle dichiarazioni o sulla documentazione fornite da queste ultime. L'RTI Del Debbio sostiene peraltro che, nel caso di specie, si sarebbe trovato nell'impossibilità di acquisire piena contezza della condanna penale riportata dal titolare dell'impresa ausiliaria, in quanto essa non emergeva dal casellario giudiziale consultabile da un soggetto privato diverso dall'interessato.

[23]Infine, secondo il giudice del rinvio, gli eventuali limiti nazionali all'esercizio, da parte di un offerente, del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

[24]In tale contesto, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 63 della direttiva [2014/24], relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56

[TFUE], osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del Codice dei contratti pubblici, (...) secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece, nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione».

25 Inoltre, il giudice del rinvio ha chiesto l'applicazione del procedimento accelerato, ai sensi dell'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte, considerando che la presente causa solleva una questione di principio, ha ad oggetto l'esecuzione di opere urgenti in materia di edilizia ospedaliera, insuscettibili di ritardo o di sospensione, nonché di rilevante valore e che la disposizione nazionale di cui trattasi nel procedimento principale è motivo di diffuso contenzioso.

26 Tale domanda di procedimento accelerato è stata respinta con decisione del presidente della Corte del 7 luglio 2020.

Sulla questione pregiudiziale

27 In via preliminare, occorre rilevare che la questione sollevata suggerisce che una normativa nazionale che preveda l'esclusione automatica di un offerente nel caso in cui un soggetto sulle cui capacità tale offerente intende fare affidamento abbia trasmesso informazioni false, potrebbe violare il principio di non discriminazione, dal momento che la sostituzione di un siffatto soggetto è ammessa quando quest'ultimo non soddisfa un pertinente criterio di selezione o se sussistono nei suoi confronti motivi obbligatori di esclusione.

28 Orbene, gli Stati membri dispongono di un sicuro margine di discrezionalità nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 36; del 28 marzo 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, punto 45, e del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 34). Infatti, conformemente all'articolo 57, paragrafi 4 e 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare i motivi facoltativi di esclusione ivi indicati o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale.

29 Ciò premesso, si deve riformulare la questione sollevata e considerare che, con quest'ultima, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 63 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), e paragrafo 6, di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulla cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza

poter imporre o, quantomeno, senza poter permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto, contrariamente a quanto previsto nelle altre ipotesi in cui i soggetti sulle cui capacità si affida l'offerente non soddisfano un criterio pertinente di selezione o nei confronti dei quali sussistono motivi di esclusione obbligatori.

30 A tal riguardo, occorre rammentare che l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 prevede il diritto per un operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, al fine di soddisfare sia i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, di tale direttiva sia i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali, stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, di detta direttiva (v., in tal senso, sentenze del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punti 29 e 33; del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punti 33, 35, 39, 49 e 51, nonché del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 25).

31 L'operatore economico che intende avvalersi di tale diritto deve, in forza dell'articolo 59, paragrafo 1, secondo e terzo comma, della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 84, terzo comma, di quest'ultima, trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, un DGUE con cui tale operatore afferma che tanto il medesimo quanto i soggetti sui quali intende fare affidamento non si trovano in una delle situazioni di cui all'articolo 57 di tale direttiva che deve o può comportare l'esclusione di un operatore economico.

32 Spetta quindi, in forza dell'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24, all'amministrazione aggiudicatrice verificare, da un lato, conformemente agli articoli da 59 a 61 di quest'ultima, se i soggetti sulle cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfino i pertinenti criteri di selezione e, dall'altro, se sussistano motivi di esclusione, ai sensi dell'articolo 57 di tale direttiva, riguardanti tanto tale medesimo operatore economico quanto tali soggetti.

33 Ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, terza frase, della direttiva 2014/24, l'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro cui appartiene a imporre che l'operatore economico interessato sostituisca il soggetto sulla cui capacità esso intende fare affidamento, ma nei confronti del quale sussistono motivi di esclusione non obbligatori. Dalla formulazione di quest'ultima frase emerge quindi che, sebbene gli Stati membri possano prevedere che, in un'ipotesi del genere, l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad imporre una siffatta sostituzione a tale operatore economico, essi non possono, per contro, privare detta amministrazione aggiudicatrice della facoltà di esigere, di propria iniziativa, una siffatta sostituzione. Gli Stati membri dispongono infatti solo della possibilità di sostituire tale facoltà con un obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere a una siffatta sostituzione.

34 Una tale interpretazione dell'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, terza frase, della direttiva 2014/24 contribuisce, inoltre, a garantire il rispetto del principio di proporzionalità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, conformemente all'articolo 18, paragrafo 1, di tale direttiva. Da tale principio, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, discende infatti che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni di detta direttiva non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da quest'ultima (v., in tal

dirittobancario.it

senso, sentenze del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 48, nonché del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 45).

35 Orbene, in primo luogo, l'obiettivo dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, che è anche quello perseguito dall'articolo 63 della stessa, è quello di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di garantire l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti e, di conseguenza, la mancata cessazione del rapporto di fiducia con l'operatore economico interessato (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punto 29, e del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 26). È in tale prospettiva che l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con il considerando 102 di quest'ultima, garantisce, in principio, il diritto per qualsiasi operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 di tale disposizione di fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti al fine di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione pertinente.

36 In tali circostanze, ancor prima di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento, a motivo del fatto che quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24, l'articolo 63 di tale direttiva presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice dia a tale offerente e/o a tale soggetto la possibilità di presentarle le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che esso può essere nuovamente considerato un soggetto affidabile (v., in tal senso, sentenza del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 37).

37 Pertanto, solo in subordine, e se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24 non ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può, o, se il suo diritto nazionale la obbliga, deve imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto.

38 A tale riguardo occorre precisare che, conformemente all'articolo 57, paragrafo 6, quarto comma, della direttiva 2014/24, un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti o di attribuzione di concessioni non è certamente autorizzato, nel corso del periodo di esclusione fissato da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza produce i suoi effetti, ad avvalersi delle misure correttive da esso adottate a seguito di tale sentenza e, di conseguenza, a evitare l'esclusione se tali prove sono giudicate sufficienti. Tuttavia, quando una sentenza definitiva esclude dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti o di attribuzione di concessioni un soggetto sulle cui capacità l'offerente intende fare affidamento, l'offerente deve poter, in tal caso, essere autorizzato dall'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla sostituzione di tale soggetto.

39 In secondo luogo, la pertinenza, alla luce del principio di proporzionalità, dell'interpretazione dell'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, terza frase, della direttiva 2014/24 contenuta al punto 33 della presente sentenza risulta altresì dal considerando 101, terzo comma, di tale direttiva, ai sensi del quale, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione a tale principio. Orbene, tale attenzione deve essere ancora più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non

dispone di alcun potere di controllo (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 48).

40 Il principio di proporzionalità impone, infatti, all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento del soggetto interessato, sulla base di tutti gli elementi pertinenti (v., per analogia, sentenze del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31, e del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 29). A tale titolo, l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto dei mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 52).

41 Nel caso di specie, se il giudice del rinvio confermasse l'affermazione dell'RTI Del Debbio secondo cui la condanna penale del dirigente dell'impresa ausiliaria sulle cui capacità esso aveva inteso fare affidamento non figurava nell'estratto del casellario giudiziale consultabile dai soggetti privati, cosicché la normativa italiana non consentiva all'RTI Del Debbio di venire a conoscenza di tale condanna, non gli si potrebbe addebitare una mancanza di diligenza. Di conseguenza, in tali circostanze, sarebbe contrario al principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, impedire la sostituzione del soggetto interessato da una causa di esclusione.

42 Occorre inoltre precisare che, quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente.

43 Infatti, l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico e che rientra nell'essenza stessa delle norme di diritto dell'Unione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici implica, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate da tale amministrazione aggiudicatrice. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano quindi a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punti 25 e 27 nonché giurisprudenza ivi citata).

44 Ne consegue che, al pari di una richiesta di chiarimenti di un'offerta, la richiesta di un'amministrazione aggiudicatrice che esige la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità un offerente intende fare affidamento non deve condurre alla presentazione, da parte di quest'ultimo, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta, talmente essa modificherebbe in modo sostanziale l'offerta iniziale (v., in tal senso, sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40; del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 64, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e

Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punti 31 e 37).

45 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 63 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto.

Sulle spese

46 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Nona Sezione) dichiara:

L'articolo 63 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, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto.

Piçarra

Šváby

Rodin

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 3 giugno 2021.

Il cancelliere

A. Calot Escobar

Il presidente della Nona Sezione

N. Piçarra

dirittobancario.it