

## **Sulla discrezionalità della P.A. in caso di motivi facoltativi di esclusione per gravi illeciti professionali dell'operatore economico**

*di Gabriella Longo*

*Data di pubblicazione: 10-7-2019*

*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, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce*

Con la pronuncia in oggetto, la CGUE ha dichiarato l'incompatibilità tra l'art. 57, par. 4, lettere c) e g) della direttiva 2014/24/UE e l'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, nella parte in cui non consente alla Stazione Appaltante di valutare le risoluzioni contrattuali *sub judice* pronunciate nei confronti di un operatore economico.

Nel caso di specie, una società, partecipante alla gara indetta dal Comune di Napoli per l'affidamento di un servizio, chiede al Tar Campania di annullare la decisione con cui il municipio ha ammesso una determinata società, che, nell'anno precedente, si è aggiudicata un appalto, ma il cui contratto è stato risolto a causa della presenza di un batterio nocivo negli alimenti forniti.

Parte ricorrente afferma che ciò consentirebbe all'amministrazione aggiudicatrice di escludere dalla gara la società proprio a causa dell'illecito commesso nell'esecuzione del precedente contratto di appalto.

Il Comune di Napoli e la società aggiudicatrice, invece, sostengono che tale esclusione non possa essere applicata, in quanto la risoluzione è oggetto di un contenzioso giudiziale ancora pendente e, quindi, non sono state ancora accertate né la gravità dell'inadempimento né l'inaffidabilità della società.

In siffatta occasione, il Tar si rivolge alla Corte di giustizia per chiedere se l'automatica ammissione alla gara sia compatibile con i principi del diritto dell'Unione del legittimo affidamento, della certezza del diritto, di non discriminazione, di proporzionalità nonché con la direttiva sugli appalti pubblici.

**La Corte precisa che la mera contestazione da parte dell'impresa della risoluzione di un**

**precedente contratto pubblico dinanzi a un giudice civile non può privare la Stazione Appaltante del potere di valutare l'affidabilità del concorrente.**

In particolare, la disposizione nazionale priva di effetto il motivo di esclusione facoltativa, poiché il potere discrezionale della Stazione Appaltante è annullato in presenza di contestazione in giudizio di una precedente risoluzione contrattuale.

A parere della Corte, la P.A. può sempre escludere l'impresa ritenuta inaffidabile per aver compiuto gravi illeciti, anche se questi sono oggetto di una causa giudiziale pendente.

**La direttiva europea sugli appalti pubblici (2014/24/UE), infatti, “osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”.**

Inoltre, è “evidente che una disposizione nazionale quale l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è idonea a preservare l'effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva 2014/24”.

**Il potere discrezionale che la direttiva conferisce all'amministrazione aggiudicatrice è infatti “paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione”.**

Una disposizione come quella prevista dal Codice dei contratti, dunque, “non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie”.

Al contrario, la direttiva sul punto ha carattere particolarmente “innovativo” nella misura in cui istituisce il meccanismo delle condotte riparatorie (*self-cleaning*): **“Tale meccanismo, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva - prosegue la decisione -, tende a incoraggiare l'operatore economico a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione”.**

Nel caso in cui queste prove siano ritenute sufficienti, l'operatore “non deve essere escluso dalla procedura d'appalto”.

Va precisato, tuttavia, che si “deve dimostrare 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”.*

## SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

19 giugno 2019 ( [\\*1](#) )

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g) – Aggiudicazione di appalti pubblici di servizi – Motivi facoltativi di esclusione dalla partecipazione a una procedura d’appalto – Grave illecito professionale che rende dubbia l’integrità dell’operatore economico – Risoluzione di un precedente contratto per via di carenze nella sua esecuzione – Contestazione in giudizio che impedisce all’amministrazione aggiudicatrice di valutare l’inadempimento contrattuale fino alla conclusione del procedimento giudiziario»

Nella causa C?41/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale della Campania (Italia), con ordinanza del 22 novembre 2017, pervenuta in cancelleria il 22 gennaio 2018, nel procedimento

**Meca Srl**

contro

**Comune di Napoli,**

nei confronti di:

**Sirio Srl,**

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da M. Vilaras, presidente di sezione, R. Silva de Lapuerta, vicepresidente della Corte, D. Šváby (relatore), S. Rodin e N. Piçarra, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: R. Schiano, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 13 dicembre 2018,

considerate le osservazioni presentate:

– per il Comune di Napoli, da A. Andreottola e A. Cuomo, avvocati;

- per la Sirio Srl, da L. Lentini e C. Sito, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli e C. Pluchino, avvocati dello Stato;
- per il governo ungherese, da G. Koós, Z. Fehér e A. Pokoraczki, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondr?šek e L. Haasbeek, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 marzo 2019,  
ha pronunciato la seguente

## **Sentenza**

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 57, paragrafo 4, 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 la Meca Srl e il Comune di Napoli (Italia) in merito alla decisione del Comune di Napoli di autorizzare la Sirio Srl a proseguire la sua partecipazione a una gara d'appalto.

## **Contesto normativo**

### ***Diritto dell'Unione***

- 3 I considerando 101 e 102 della direttiva 2014/24 così recitano:

«(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 giustificare 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 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 57 della medesima direttiva, intitolato «Motivi di esclusione», 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;

(...)

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.

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».

### ***Diritto italiano***

5

L'articolo 80, comma 5, lettera c), del decreto legislativo del 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»),  
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, qualora:

(...)

- c) la stazione appaltante dimostri 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;

(...)».

## **Procedimento principale e questione pregiudiziale**

- 6 Il Comune di Napoli ha indetto una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi avente ad oggetto la refezione scolastica per l'anno scolastico 2017/2018. L'appalto in questione era suddiviso in dieci lotti, ciascuno dei quali corrispondeva a una municipalità del Comune di Napoli.
- 7 Dall'ordinanza di rinvio risulta che, per l'anno scolastico precedente, la Sirio aveva concluso con il comune di Napoli un contratto per la fornitura del servizio di refezione scolastica riguardante due lotti, il quale è stato risolto, nel maggio 2017, per via di casi di intossicazione alimentare dovuti alla presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati in una mensa scolastica.
- 8 A tale riguardo, in seguito ad analisi effettuate dall'Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania (ARPAC) su campioni di cibo conservati dalla direzione scolastica interessata, le quali hanno confermato la presenza di colibatteri, in particolare nel brasato di manzo, l'appalto pubblico di refezione scolastica, per l'anno scolastico 2016/2017, è stato aggiudicato alla Meca, che era stata classificata seconda all'esito della procedura relativa alla gara

d'appalto organizzata per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione.

- 9
- Nell'ambito della sua partecipazione alla gara d'appalto menzionata al punto 6 della presente sentenza, la Sirio ha espressamente dichiarato che, «[c]on determina (...) del 29/6/2017 il Comune di Napoli (...) ha pronunciato la risoluzione del contratto (...) del 9/5/2017 per un caso di tossinfezione alimentare» e che tale risoluzione contrattuale è stata contestata in sede giudiziaria dinanzi al Tribunale di Napoli (Italia).
- 10
- Con verbale del 1° agosto 2017, l'amministrazione aggiudicatrice ha autorizzato la Sirio a proseguire la sua partecipazione alla gara d'appalto in questione per il lotto per il quale essa aveva presentato un'offerta. La Meca ha contestato la partecipazione della Sirio alla medesima gara d'appalto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania (Italia), senza attendere l'adozione della decisione del Comune di Napoli di aggiudicazione dell'appalto di cui al procedimento principale, avvenuta il 7 novembre 2017 e con la quale l'appalto è stato aggiudicato alla Sirio.
- 11
- La Meca ritiene che la Sirio non avrebbe dovuto essere autorizzata a proseguire la procedura di aggiudicazione di appalto poiché il contratto concluso dalla medesima con il Comune di Napoli, ai fini della fornitura di un servizio di refezione scolastica per l'anno scolastico 2016/2017, era stato risolto da quest'ultimo a seguito di un'intossicazione alimentare di alunni e del personale scolastico.
- 12
- A sostegno del ricorso dinanzi al giudice del rinvio, la Meca contesta al Comune di Napoli il fatto di non aver effettuato alcuna valutazione

sulla gravità dell'inadempimento della Sirio nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto pubblico di refezione scolastica, per l'anno scolastico 2016/2017, a dispetto dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici che lo autorizza a dimostrare «con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». Secondo la Meca, la contestazione da parte della Sirio, dinanzi a un giudice civile, della risoluzione del contratto per la fornitura di servizi menzionato al punto 7 della presente sentenza non può privare l'amministrazione aggiudicatrice di tale prerogativa. Pertanto, in considerazione del verificarsi di un'intossicazione alimentare nel maggio 2017, il Comune di Napoli non avrebbe dovuto ammettere automaticamente la partecipazione della Sirio alla gara d'appalto di cui al procedimento principale.

13

Sia il Comune di Napoli sia la Sirio ritengono, al contrario, che il ricorso proposto da quest'ultima dinanzi al Tribunale di Napoli impedisse all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una qualsivoglia valutazione sulla sua affidabilità.

14

Il giudice del rinvio rileva che la tesi del Comune di Napoli e della Sirio non è destituita di fondamento, poiché, secondo la giurisprudenza dei giudici italiani, dall'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici si desume che l'offerente che ha mostrato carenze nell'esecuzione di un precedente appalto pubblico deve essere ammesso a partecipare a una gara d'appalto successiva se ha proposto un ricorso, ancora pendente, contro la risoluzione contrattuale avvenuta a seguito delle medesime carenze.

15

Il giudice del rinvio ritiene che il diritto dell'Unione possa tuttavia ostare a una disposizione nazionale quale l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione porterebbe infatti a privare di effetto il motivo di esclusione facoltativa ivi previsto, dal momento che il potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice è azzerato in caso di contestazione in giudizio di una precedente risoluzione contrattuale. Orbene, sebbene la Corte non abbia ancora avuto l'occasione di interpretare l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, dalla giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE 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](#)), disposizione che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 ha abrogato, risulterebbe che il diritto dell'Unione respinge qualsiasi automatismo in materia di decisione di esclusione facoltativa per grave illecito professionale, atteso che una simile decisione deve necessariamente tenere conto del principio di proporzionalità.

16

Reciprocamente, i principi di proporzionalità e di effettività dovrebbero proibire qualsiasi automatismo in caso di impossibilità di escludere un operatore economico. Pertanto, impedendo all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione motivata in ordine alla gravità dell'illecito professionale all'origine della risoluzione di un precedente contratto per il motivo che la risoluzione del medesimo è contestata dinanzi a un giudice civile, l'articolo 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici violerebbe i succitati principi e, quindi, la direttiva 2014/24. Secondo il giudice del rinvio, infatti, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva in questione non richiederebbe in alcun modo



una statuizione definitiva, e dunque giudiziaria, della responsabilità dell'aggiudicatario.

17

Dalla sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact ([C?465/11](#), [EU:C:2012:801](#)) risulterebbe inoltre che un «illecito professionale» costituisce un motivo di esclusione quando presenta caratteristiche di oggettiva gravità. Orbene, secondo il diritto italiano, l'esito della partecipazione a una gara d'appalto sarebbe subordinato a un evento di natura potestativa, ossia la decisione di impugnare in sede giurisdizionale la risoluzione di un precedente contratto.

18

Infine, la normativa italiana sarebbe altresì incompatibile con le finalità esposte al considerando 102 della direttiva 2014/24, che ha introdotto il meccanismo «per garantire l'osservanza degli obblighi» degli offerenti. L'ammissione automatica a concorrere derivante dalla contestazione in giudizio in materia civile della risoluzione di un precedente contratto scoraggerebbe infatti l'adozione di misure per garantire l'osservanza degli obblighi da parte delle imprese quando anche esse siano necessarie per evitare la ripetizione dei comportamenti che hanno determinato tale risoluzione.

19

Stante quanto precede, il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al [Trattato FUE], ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva [2014/24], 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 [Codice dei contratti pubblici], 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».

### **Sulla questione pregiudiziale**

#### ***Osservazioni preliminari***

- 20 In primo luogo, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che l'importo dell'appalto di cui al procedimento principale è pari a EUR 1127660 e che supera, di conseguenza, la soglia di EUR 750000 prevista all'articolo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 per gli appalti pubblici di servizi aventi ad oggetto servizi specifici elencati all'allegato XIV della stessa direttiva. Ne consegue che la direttiva in questione è applicabile al procedimento principale e che la questione posta dal giudice del rinvio deve essere valutata esclusivamente alla luce delle disposizioni della medesima direttiva.
- 21 In secondo luogo, all'udienza tenutasi dinanzi alla Corte, il governo italiano ha affermato che l'interpretazione dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici, esposta dal giudice del rinvio nella domanda di pronuncia pregiudiziale, non corrisponderebbe più al nuovo stato del diritto italiano.
- 22 Nondimeno, in una situazione in cui sembrano sussistere divergenze in merito alla normativa

nazionale applicabile, da una giurisprudenza costante emerge che, nell'ambito del procedimento pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, non spetta alla Corte precisare le disposizioni nazionali rilevanti applicabili nel procedimento principale. Un simile compito spetta esclusivamente al giudice del rinvio che, nel definire il contesto giuridico interno, lascia alla Corte la possibilità di fornire tutti gli elementi di interpretazione rientranti nel diritto dell'Unione che consentano al giudice del rinvio di valutare la conformità di una normativa nazionale con la normativa dell'Unione (sentenza del 26 giugno 2008, Burda, [C?284/06](#), [EU:C:2008:365](#), punto 39).

23

Premesso ciò, è sulla base degli elementi di fatto e di diritto quali risultano dall'ordinanza di rinvio che occorre rispondere alla questione posta dal giudice del rinvio.

***Nel merito***

24

Con la questione posta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.

25

In primo luogo, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle conclusioni, il testo dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 è sufficientemente simile a quello dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, disposizione da esso

abrogata, da consentire che l'interpretazione richiesta dal giudice del rinvio si ispiri alla giurisprudenza della Corte relativa a quest'ultima disposizione.

26

In tal senso, quando è stata chiamata a interpretare i motivi facoltativi di esclusione, come quelli previsti all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) o g), della direttiva 2004/18, le uniche disposizioni che non comportavano alcun rinvio al diritto nazionale, la Corte si è basata sull'articolo 45, paragrafo 2, secondo comma, della medesima direttiva, in forza del quale gli Stati membri precisano, nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione del suddetto paragrafo 2, per circoscrivere più rigorosamente il potere discrezionale di tali Stati e definire, a sua volta, la portata della causa facoltativa di esclusione controversa (v., in particolare, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, [C?465/11](#), [EU:C:2012:801](#), punti da [25](#) a [31](#)).

27

A tale riguardo, è innegabile che la direttiva 2014/24 restringe il potere discrezionale degli Stati membri. Mentre infatti il rinvio alle legislazioni e alle normative nazionali era previsto in cinque dei sette casi di cui all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, adesso, tra i nove casi contemplati all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, solo il caso menzionato al punto b) di tale paragrafo 4 contiene un simile rinvio.

28

In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, «[I]e amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle

(...) situazioni [previste da tale disposizione]». Dal testo della disposizione in questione risulta quindi che il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale.

29

In terzo luogo, la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, come dimostrano l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), nonché il considerando 101 della direttiva 2014/24.

30

Come ha sottolineato l'avvocato generale ai paragrafi 42 e 43 delle conclusioni, infatti, questi due motivi 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. In tal senso, il considerando 101, primo comma, della direttiva in parola prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili», mentre il suo secondo comma prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, «comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico».

31

In quarto luogo, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico «in qualunque momento della procedura» e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza, il che costituisce

un indizio ulteriore della volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o ommesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, in uno dei casi previsti all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva in questione.

32

Infine, se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione. Orbene, secondo il considerando 101 della direttiva 2014/24, tale principio implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità.

33

Risulta quindi chiaramente, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 35 e 36 delle conclusioni, che il potere discrezionale degli Stati membri non è assoluto e che, una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti. Precisando che gli Stati membri specificano «le condizioni di applicazione del presente articolo» «nel rispetto del diritto dell'Unione», l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino i motivi facoltativi di esclusione stabiliti in tale disposizione o ignorino gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi.

- 34 Orbene, com'è stato rilevato al punto 28 della presente sentenza, dal testo dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto.
- 35 È sulla base delle considerazioni suesposte che occorre rispondere al giudice del rinvio.
- 36 Come emerge dall'ordinanza di rinvio, l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici autorizza un'amministrazione aggiudicatrice a escludere da una procedura d'appalto un operatore economico qualora, in particolare, essa dimostri, con mezzi adeguati, in primo luogo, che lo stesso operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; in secondo luogo, che i medesimi gravi illeciti professionali, che possono risultare da significative carenze verificatesi nell'esecuzione di un precedente appalto pubblico, hanno dato luogo alla risoluzione del contratto concluso dal medesimo con l'amministrazione aggiudicatrice, a una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni e, in terzo luogo, che tale risoluzione non è stata contestata in giudizio o è stata confermata all'esito di un giudizio.
- 37 È evidente che una disposizione nazionale quale l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è idonea a preservare l'effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva 2014/24.

- 38 Il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice è infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione.
- 39 Inoltre, una norma come quella prevista all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie. Sotto tale profilo, una regola di questo tipo può essere in contrasto con le prescrizioni di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24.
- 40 Invero, la succitata direttiva ha carattere innovativo, in particolare nella misura in cui istituisce, all'articolo 57, paragrafo 6, il meccanismo delle misure riparatorie (self-cleaning). Tale meccanismo, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tende a incoraggiare un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della medesima direttiva a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare 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.

41

A tale proposito, le misure riparatorie evidenziano, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 44 delle conclusioni, l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico, elemento che permea i motivi di esclusione relativi alla situazione soggettiva dell'offerente.

42

Tenuto conto di quanto precede, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.

### **Sulle spese**

43

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 (Quarta Sezione) dichiara:

**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, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.**

Vilaras

Silva de Lapuerta

Šváby

Rodin

Piçarra

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il  
19 giugno 2019.

Il cancelliere

A. Calot Escobar

Il presidente della Quarta Sezione

M. Vilaras