

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

13 dicembre 2012 (\*)

«Direttiva 2004/18/CE – Articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) – Direttiva 2004/17/CE – Articoli 53, paragrafo 3, e 54, paragrafo 4 – Appalti pubblici – Settore dei servizi postali – Criteri di esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto – Errore grave nell'esercizio dell'attività professionale – Tutela dell'interesse pubblico – Mantenimento di una concorrenza leale»

Nella causa C-465/11,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia), con decisione del 30 agosto 2011, pervenuta in cancelleria il 9 settembre 2011, nel procedimento

**Forposta SA,**

**ABC Direct Contact sp. z o.o.**

contro

**Poczta Polska SA,**

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, facente funzione di presidente della Terza Sezione, dai sigg. E. Juhász (relatore), G. Arestis, J. Malenovský e T. von Danwitz, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák

cancelliere: sig. M. Aleksejev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 26 settembre 2012,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Forposta SA e l'ABC Direct Contact sp. z o.o., da P. Gruszczynski e A. Starczewska-Galos, radcy prawni;
- per la Poczta Polska SA, da P. Burzynski e H. Kornacki, radcy prawni;
- per il governo polacco, da M. Szpunar, B. Majczyna, M. Laszuk e E. Gromnicka, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da K. Herrmann e A. Tokár, 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 dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), 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 L 134, pag. 114), in combinato disposto con gli articoli 53, paragrafo 3, e 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra, da un lato, la Forposta SA, già Praxis sp. z o.o., e l'ABC Direct Contact sp. z o.o. e, dall'altro, la Poczta Polska SA (in prosieguo: la «Poczta Polska») in merito alla decisione di quest'ultima che le esclude dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico dalla stessa indetta.

### **Contesto normativo**

#### *Il diritto dell'Unione*

- 3 La sezione 2 del capo VII della direttiva 2004/18, dedicata ai «Criteri di selezione qualitativa», contiene l'articolo 45, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente». Il paragrafo 1 di tale articolo elenca i criteri che conducono obbligatoriamente ad escludere il candidato o l'offerente dalla partecipazione a un appalto, mentre il paragrafo 2 del medesimo articolo elenca i criteri in base ai quali è possibile una tale esclusione. Quest'ultimo paragrafo è così formulato:

«Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

- a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali;
- b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali;
- c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale;
- d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;

- e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;
- f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;
- g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni.

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».

- 4 La sezione 1 del capo VII della direttiva 2004/17 è intitolata «Qualificazione e selezione qualitativa». L'articolo 53, collocato nella medesima sezione e rubricato «Sistemi di qualificazione», prevede quanto segue:

«1. Gli enti aggiudicatori possono, se lo desiderano, istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici.

Gli enti che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione provvedono affinché gli operatori economici possano chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.

(...)

3. I criteri e le norme di qualificazione di cui al paragrafo 2 possono includere i criteri di esclusione di cui all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE alle condizioni stabilite in detto articolo.

Se l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto a), tali criteri e norme comprendono i criteri di esclusione di cui all'articolo 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE.

(...))».

- 5 L'articolo 54 della direttiva 2004/17, contenuto nella medesima sezione 1 e intitolato «Criteri di selezione qualitativa», così dispone ai suoi paragrafi 1 e 4:

«1. Gli enti aggiudicatori che fissano criteri di selezione in una procedura aperta, devono farlo secondo regole e criteri oggettivi che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.

(...)

4. I criteri di cui ai paragrafi 1 e 2 possono comprendere quelli di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE.

Se l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), i criteri e le norme di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo comprendono i criteri di esclusione elencati all'articolo 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE».

## *Il diritto polacco*

6 La legge del 29 gennaio 2004 sul diritto degli appalti pubblici (Dz. U. n. 113, pos. 759; in prosieguo: la «legge sul diritto degli appalti pubblici») definisce i principi e le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e precisa le autorità competenti in materia. La legge di modifica del 25 febbraio 2011 (Dz. U. n. 87, pos. 484), entrata in vigore l'11 maggio 2011, ha inserito il punto 1.a) all'articolo 24, paragrafo 1, della legge sul diritto degli appalti pubblici. Tale disposizione, così modificata, è formulata nei seguenti termini:

«1. Dalla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici sono esclusi:

(...)

1.a) gli operatori economici, nei confronti dei quali l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato il contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico o si è ritirata dal medesimo, per circostanze imputabili alla responsabilità dell'operatore, qualora la risoluzione, la denuncia del contratto o il ritiro dal medesimo siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura ed il valore dell'appalto non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale;

(...)).».

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

7 La Poczta Polska, società appartenente al Tesoro pubblico, operante nel settore dei servizi postali, costituisce un ente aggiudicatore ai sensi della direttiva 2004/17. Tale società ha avviato una procedura aperta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico per «la distribuzione di pacchi postali, nazionali ed internazionali, pacchi postali plus, invii contrassegno e pacchi postali presi in consegna a condizioni speciali». Stando alle constatazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, il valore di tale appalto eccede la soglia oltre la quale trovano applicazione le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

8 L'ente aggiudicatore in questione ha ritenuto che le offerte della Forposta SA e dell'ABC Direct Contact sp. z o.o. fossero più vantaggiose per determinati lotti dell'appalto e le ha invitate a concludere un contratto. Nessun partecipante alla procedura ha rimesso in discussione tale scelta. Tuttavia, il 21 luglio 2011, data fissata per la stipula del contratto, la Poczta Polska ha annullato l'aggiudicazione in ragione del fatto che gli operatori economici che avevano presentato le offerte selezionate dovevano obbligatoriamente essere esclusi dalla procedura ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici.

9 Le due società interessate hanno impugnato tale decisione dinanzi alla Krajowa Izba Odwoławcza, facendo valere che la suddetta disposizione nazionale è contraria all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18. In concreto, esse ritengono che la portata delle condizioni stabilite da tale disposizione nazionale sia molto più ampia rispetto a quella della condizione enunciata dal diritto dell'Unione, la quale prevede come causa di esclusione unicamente l'«errore grave nell'esercizio della propria attività professionale», mentre un siffatto errore grave non è stato commesso nel procedimento principale.

10 Il giudice del rinvio osserva che, in sede di adozione dell'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici, il legislatore nazionale ha dichiarato di fondarsi

sull'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 ed esprime dubbi circa la conformità della disposizione nazionale in parola con la disposizione del diritto dell'Unione che ne costituisce il fondamento, dubbi che sarebbero giustificati dalle seguenti considerazioni.

- 11 In primo luogo, la causa di esclusione prevista dalla citata disposizione della direttiva 2004/18 consiste in un errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, nozione che, nel linguaggio giuridico, rinvierebbe piuttosto alla violazione di principi dell'etica, della dignità o della coscienza professionale. Una siffatta violazione determinerebbe il sorgere della responsabilità professionale di colui che l'ha commessa mediante, segnatamente, l'apertura di un procedimento disciplinare da parte degli organismi professionali competenti. Infatti, sarebbero tali organismi, o gli organi giurisdizionali, a pronunciarsi sull'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale e non le amministrazioni aggiudicatrici, come previsto dalla disposizione nazionale in questione.
- 12 In secondo luogo, la nozione di circostanze «imputabili alla responsabilità dell'operatore», ripresa all'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici, sarebbe notevolmente più ampia della nozione di errore grave «commesso dall'operatore», contenuta all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, e, pertanto, essa non dovrebbe essere utilizzata in disposizioni destinate a istituire una sanzione.
- 13 In terzo luogo, dal momento che la suddetta disposizione della direttiva 2004/18 esige che l'errore sia «grave», potrebbero sorgere dubbi sul fatto che la mancata esecuzione del 5% dell'importo di un contratto possa essere qualificata come errore grave. Il giudice del rinvio sottolinea a tal riguardo che, quando sono soddisfatte le condizioni previste dalla disposizione nazionale oggetto del procedimento nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad escludere l'operatore economico interessato senza alcuna possibilità di prendere in considerazione la sua situazione individuale, il che può causare una violazione del principio di proporzionalità.
- 14 Il giudice del rinvio osserva, da ultimo, che, conformemente alla giurisprudenza della Corte (sentenze del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, Racc. pag. I-9999, nonché del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, Racc. pag. I-12169), la direttiva 2004/18 non osta a che uno Stato membro preveda cause di esclusione diverse da quelle enunciate all'articolo 45, paragrafo 2, della medesima direttiva, e che non siano fondate su considerazioni oggettive riguardanti le qualità professionali degli operatori economici, purché siano proporzionate all'obiettivo perseguito. Tuttavia, conformemente alla giurisprudenza della Corte (sentenze del 3 marzo 2005, Fabricom, C-21/03 e C-34/03, Racc. pag. I-1559, nonché del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, Racc. pag. I-3565), il diritto dell'Unione osterebbe a normative nazionali che prevedono l'esclusione automatica dalla partecipazione di un operatore alla procedura di aggiudicazione di un appalto, il rigetto automatico delle offerte o l'applicazione di misure sproporzionate rispetto allo scopo perseguito. Orbene, la disposizione nazionale in questione non soltanto sarebbe di applicazione automatica, ma andrebbe anche oltre quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo di tutela dell'interesse pubblico perseguito, il quale consisterebbe nel non ammettere gli operatori economici realmente poco affidabili.
- 15 In tale contesto la Krajowa Izba Odwoławcza ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se l'articolo 45, paragrafo 2, [primo comma,] lettera d), della direttiva 2004/18 (...) a norma del quale può essere escluso dalla partecipazione ad un appalto ogni operatore economico (...) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice, letto in combinato disposto con gli articoli 53, paragrafo 3, e 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17 (...), debba interpretarsi nel senso che un siffatto errore grave in materia professionale possa sussistere quando l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato il precedente contratto sull'aggiudicazione di un appalto pubblico con un dato operatore o se si è ritirata dal medesimo, per circostanze imputabili alla responsabilità dell'operatore economico, se la risoluzione, la denuncia del contratto o il ritiro dal medesimo siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura ed il valore dell'appalto non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.
- 2) In caso di soluzione negativa della prima questione, se, qualora uno Stato membro abbia la facoltà di introdurre cause di esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici, diverse da quelle menzionate all'articolo 45 della direttiva 2004/18 (...), nei limiti in cui consideri tali nuove cause giustificate per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, si possa ritenere compatibile con la direttiva stessa nonché col Trattato sul funzionamento dell'Unione europea l'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico da parte di un'amministrazione aggiudicatrice che ha risolto o denunciato il contratto o si è ritirata dal medesimo, per circostanze imputabili alla responsabilità dell'operatore, qualora la risoluzione, la denuncia del contratto o il ritiro dal medesimo siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura ed il valore dell'appalto non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale».

## **Sulle questioni pregiudiziali**

### *Sulla competenza della Corte*

- 16 La Poczta Polska afferma che la Krajowa Izba Odwoławcza non è un organo giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal momento che essa esercita al contempo funzioni giurisdizionali e consultive.
- 17 Al riguardo occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, per valutare se l'organo del rinvio possieda le caratteristiche di un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (sentenze del 17 settembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Racc. pag. I-4961, punto 23, nonché del 19 aprile 2012, Grillo Star, C-443/09, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 20 e giurisprudenza citata).
- 18 Nel caso di specie occorre constatare che, come emerge dagli atti di causa sottoposti alla Corte, la Krajowa Izba Odwoławcza, organo istituito dalla legge sul diritto degli appalti pubblici, dotato di competenza esclusiva a decidere in prima istanza sulle controversie pendenti tra operatori economici e amministrazioni aggiudicatrici, e il cui funzionamento è disciplinato dagli articoli 172-198 della medesima legge, costituisce un organo

giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, nell'esercizio delle sue competenze rientranti in tali disposizioni, come accade nell'ambito del procedimento principale. In proposito, il fatto che tale organo sia eventualmente investito, in forza di altre disposizioni, di funzioni di natura consultiva è privo di conseguenze.

#### *Sulla ricevibilità*

- 19 Il governo polacco sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile in quanto ipotetica e diretta, in sostanza, a stabilire se la norma nazionale oggetto del procedimento principale sia conforme alle disposizioni della direttiva 2004/18, e non ad ottenere un'interpretazione del diritto dell'Unione al fine di chiarire l'oggetto della controversia principale, che deve essere risolta sulla base del diritto nazionale. Orbene, non spetterebbe alla Corte pronunciarsi, nell'ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale, sulla conformità di norme di diritto interno con il diritto dell'Unione, né interpretare disposizioni legislative nazionali.
- 20 Al riguardo occorre osservare, da un lato, che il giudice del rinvio non chiede alla Corte di valutare la conformità della normativa nazionale in questione con il diritto dell'Unione né di interpretare tale normativa. Esso si limita a chiedere l'interpretazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici al fine di valutare se occorra disapplicare, nel procedimento principale, l'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici. Dall'altro, occorre constatare che le questioni sollevate sono pertinenti per la soluzione della presente controversia, dal momento che la Poczta Polska ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto controverso in quanto gli operatori economici le cui offerte erano state selezionate dovevano obbligatoriamente essere esclusi dalla procedura in applicazione della suddetta disposizione nazionale.
- 21 Ciò premesso, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile e, pertanto, occorre rispondere alle questioni sollevate.

#### *Sulla prima questione*

- 22 Con tale questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.
- 23 Considerate talune osservazioni presentate dal governo polacco nel corso della trattazione orale dinanzi alla Corte, secondo le quali un caso come quello del procedimento principale, rientrante nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2004/17, dovrebbe essere valutato unicamente nel contesto della stessa, occorre sottolineare che, conformemente ai rilievi del giudice del rinvio, lo stesso legislatore nazionale ha dichiarato che, nell'adottare l'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici, sulla cui base le società interessate sono state escluse dalla procedura di aggiudicazione, si è fondato

sull'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18. D'altronde, proprio a tale articolo 45 rimandano esplicitamente gli articoli 53, paragrafo 3, e 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17.

- 24 Sembra dunque che la Repubblica di Polonia si sia avvalsa della facoltà concessa dalle suddette disposizioni della direttiva 2004/17 ed abbia inserito, nella normativa nazionale, la causa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18.
- 25 Occorre constatare che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, a differenza delle disposizioni sulle cause di esclusione previste al medesimo comma, lettere a), b), e) e f), non rinvia alle normative e alle regolamentazioni nazionali e che, però, il secondo comma del medesimo paragrafo 2 enuncia che gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni della sua applicazione.
- 26 Di conseguenza le nozioni di «errore» «grave» commesso «nell'esercizio della propria attività professionale», di cui al citato articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), possono essere precisate ed esplicitate nel diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell'Unione.
- 27 A tal riguardo occorre osservare che, come afferma giustamente il governo polacco, la nozione di «errore nell'esercizio dell'attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore in questione e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore, che sarebbero accertate dall'organo di disciplina prevista per tale professione o da una decisione giurisdizionale passata in giudicato.
- 28 Infatti 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).
- 29 Di conseguenza l'inosservanza da parte di un operatore economico dei suoi obblighi contrattuali può, in linea di principio, essere considerata un errore commesso nell'esercizio della propria attività professionale.
- 30 Tuttavia la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico in questione che denota un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua. Pertanto, qualsiasi esecuzione non corretta, imprecisa o carente di un contratto o di una parte dello stesso può eventualmente dimostrare una competenza professionale limitata dell'operatore economico in questione, ma non equivale automaticamente a un errore grave.
- 31 Inoltre l'accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, lo svolgimento di una valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato.
- 32 Orbene, la normativa oggetto del procedimento principale impone all'amministrazione aggiudicatrice l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di un



operatore economico qualora, per circostanze «imputabili» a quest'ultimo, tale amministrazione abbia risolto o denunciato un contratto con lui concluso nell'ambito di un precedente appalto pubblico.

- 33 A tal riguardo occorre osservare che, tenuto conto delle caratteristiche proprie degli ordinamenti giuridici nazionali in materia di responsabilità, la nozione di «circostanze imputabili» è molto ampia e può comprendere situazioni che vanno ben oltre un comportamento dell'operatore economico in questione che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua. Orbene, l'articolo 54, paragrafo 4, primo comma, della direttiva 2004/17 rinvia alla facoltà di applicazione dei criteri di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18 alle condizioni stabilite in tale articolo, di modo che la nozione di «errore grave», nel senso indicato al punto 25 della presente sentenza, non può essere sostituita dalla nozione di «circostanze imputabili» all'operatore economico interessato.
- 34 Inoltre la normativa nazionale oggetto della causa principale stabilisce essa stessa i parametri sulla base dei quali un comportamento precedente di un operatore economico impone all'amministrazione aggiudicatrice in questione di escludere automaticamente tale operatore dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di nuova indizione, senza lasciare alla stessa amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, la gravità del comportamento presuntivamente scorretto dell'operatore in parola nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto precedente.
- 35 Di conseguenza si deve necessariamente constatare che la normativa controversa nel procedimento principale non si limita a tracciare il contesto generale di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, bensì impone a tal riguardo alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze, superando quindi il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, in forza dell'articolo 45, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva stessa, quanto alla precisione delle condizioni di applicazione della causa di esclusione prevista al medesimo paragrafo 2, primo comma, lettera d), nel rispetto del diritto dell'Unione.
- 36 Alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.

*Sulla seconda questione*

- 37 Con tale questione, sollevata in caso di soluzione negativa della prima questione, si chiede, in sostanza, se i principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra

operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella di cui alla prima questione.

- 38 A tal riguardo, se è vero che risulta dall'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17 che le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare criteri di selezione qualitativa in aggiunta ai criteri di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18, tuttavia ciò non toglie che, conformemente a una giurisprudenza costante della Corte, il suddetto articolo 45, paragrafo 2, di quest'ultima direttiva elenca tassativamente le cause che possono giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad un appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi, concernenti le sue qualità professionali, e, di conseguenza, osta a che gli Stati membri integrino l'elenco in esso contenuto con altre cause di esclusione fondate su criteri relativi alla qualità professionale (v. sentenze del 9 febbraio 2006, *La Cascina e a.*, C-226/04 e C-228/04, Racc. pag. I-1347, punto 22; *Michaniki*, cit., punto 43, nonché del 15 luglio 2010, *Bâtiments et Ponts Construction e WISAG Produktionservice*, C-74/09, Racc. pag. I-7271, punto 43).
- 39 È solo allorché la causa di esclusione interessata non è connessa alle qualità professionali dell'operatore economico e, pertanto, non è compresa in un siffatto elenco tassativo che si potrebbe prevedere l'eventuale ammissibilità di tale causa alla luce dei principi o di altre norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., a tal riguardo, sentenze *Fabricom*, cit., punti 25-36; *Michaniki*, cit., punti 44-69, nonché del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, Racc. pag. I-4219, punti 21-33).
- 40 Orbene, nel caso di specie, l'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici enuncia una causa di esclusione relativa alla qualità professionale dell'operatore economico interessato, come lo conferma il fatto, rilevato ai punti 10 e 23 della presente sentenza, che il legislatore polacco, a sostegno dell'adozione della disposizione nazionale in parola, ha invocato l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18. Pertanto una causa di esclusione siffatta, che esula dal contesto dell'elenco tassativo contenuto in tale primo comma, come risulta dalla risposta alla prima questione, non è neppure ammissibile alla luce dei principi e delle altre norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.
- 41 Di conseguenza, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che i principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale.

### **Sugli effetti della presente sentenza nel tempo**

- 42 Il governo polacco ha chiesto alla Corte, nel corso della trattazione orale che si è svolta dinanzi ad essa, di limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza nel caso in cui la Corte dovesse interpretare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva

2004/18 nel senso che esso osta a una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale.

- 43 A sostegno della sua domanda, il governo polacco fa valere il carattere presuntivamente poco chiaro di tale disposizione del diritto dell'Unione, non ancora interpretata dalla Corte, nonché il rischio di gravi ripercussioni economiche a livello nazionale che una simile interpretazione potrebbe comportare.
- 44 Si deve ricordare al riguardo che l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, che la Corte fornisce nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa nel senso in cui deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata sin dal momento della sua entrata in vigore, e che solo in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede (v., in tal senso, sentenze del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIIC e a., da C-338/11 a C-347/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 58 e 59, nonché del 18 ottobre 2012, Mednis, C-525/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 41 e 42).
- 45 Più specificamente, la Corte ha fatto ricorso a tale soluzione soltanto in presenza di circostanze ben precise, segnatamente quando vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme al diritto dell'Unione a causa di un'oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni del diritto dell'Unione, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione europea (v., in particolare, citate sentenze Santander Asset Management SGIIC e a., punto 60, nonché Mednis, punto 43).
- 46 Per quanto riguarda l'affermata sussistenza di un'oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni interessate del diritto dell'Unione, essa non può ritenersi sussistente nel procedimento principale. Infatti, da un lato, l'ipotesi dell'«errore grave nell'esercizio della propria attività professionale», ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 non comprende manifestamente la causa di esclusione prevista dall'articolo 24, paragrafo 1, punto 1.a), della legge sul diritto degli appalti pubblici. Dall'altro, risulta da una giurisprudenza ormai consolidata alla data dell'adozione della disposizione nazionale in parola che una siffatta causa di esclusione non può essere giustificata dai principi o da altre norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.
- 47 Riguardo alle conseguenze finanziarie che potrebbero derivare, per uno Stato membro, da una sentenza della Corte pronunciata nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, esse non giustificano, di per sé, la limitazione dell'efficacia di tale sentenza nel tempo (citate sentenze Santander Asset Management SGIIC e a., punto 62, nonché Mednis, punto 44).
- 48 Si deve osservare, in ogni caso, che il governo polacco non ha fornito alcun dato che consenta alla Corte di valutare la sussistenza, in ragione della presente sentenza, di un rischio di gravi ripercussioni economiche per la Repubblica di Polonia.
- 49 Pertanto non è necessario limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

## **Sulle spese**

50 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 (Terza Sezione) dichiara:

- 1) **L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.**
- 2) **I principi e le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell'interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un'ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale.**

Firme

---