

CONCLUSIONI DELL' AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

presentate l'8 maggio 2019 (1)

Causa C-267/18

Delta Antrepriza Constructii si Montaj 93 SA

contro

Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Curtea de Apel Bucuresti (Corte d'appello di Bucarest, Romania)]

«Questione pregiudiziale — Direttiva 2014/24/UE — Aggiudicazione di appalti pubblici — Motivi di esclusione facoltativa — Esclusione di un operatore economico da una procedura di gara a causa della risoluzione di un contratto precedente per mancata comunicazione di un subappalto all'amministrazione aggiudicatrice — Nozione di carenze significative o persistenti — Mancata trasmissione di informazioni sulla risoluzione di un contratto precedente — Informazioni sulla partecipazione di subappaltatori all'esecuzione del contratto — Obiettivi e finalità — Gravità della mancata trasmissione di informazioni»

1. La direttiva 2014/24/UE (2) consente di escludere da una procedura di appalto pubblico l'offerente che sia incorso in «significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico (...) che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente (...)» [articolo 57, paragrafo 4, lettera g)].

2. Un giudice rumeno esprime i suoi dubbi alla Corte di giustizia sulla questione dell'applicabilità di tale disposizione nel caso in cui «la cessazione anticipata di tale contratto precedente» sia dipesa dal fatto che l'aggiudicatario aveva subappaltato parte dei lavori senza informarne l'amministrazione. A tale circostanza si aggiunge il fatto che neppure nella nuova procedura di appalto detto operatore economico ha informato la (seconda) amministrazione aggiudicatrice della cessazione anticipata del contratto precedente.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/24

3. Ai sensi del considerando 101:

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

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, 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».

4. L'articolo 57 («Motivi di esclusione») dispone quanto segue:

«(...)

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

(...)

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

(...)

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

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;

(...)

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.

(...)».

5. L'articolo 71 («Subappalto») stabilisce quanto segue:

«(...)

2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

(...)

5. Nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto l'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. L'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso

del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in tali lavori o servizi.

Fermo restando il primo comma, gli Stati membri possono imporre direttamente al contraente principale l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste.

Ove necessario ai fini del paragrafo 6, lettera b), del presente articolo, le informazioni richieste sono accompagnate dalle autodichiarazioni dei subappaltatori come previsto all'articolo 59.
(...)

6. Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

(...)

b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

(...)».

B. Diritto nazionale. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice [legge n. 98/2016 sugli appalti pubblici (in prosieguo: la «legge n. 98/2016»)]

6. L'articolo 167 così recita:

«(1) L'amministrazione aggiudicatrice esclude dalla procedura di aggiudicazione del contratto di appalto pubblico/accordo quadro ogni operatore economico che si trova in una delle seguenti situazioni:

(...)

g) l'operatore economico ha violato gravemente o ripetutamente i suoi obblighi principali in virtù di un contratto di appalto pubblico, di un contratto di appalto settoriale o di contratto di concessione precedentemente concluso e tali violazioni hanno causato la cessazione anticipata del contratto, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

h) l'operatore economico si è reso colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di qualifica o di selezione, o non ha fornito tali informazioni o non è in grado di fornire i documenti giustificativi richiesti;

(...)

(8) Ai sensi del paragrafo 1, lettera g), si considerano gravi violazioni degli obblighi contrattuali, a titolo esemplificativo, l'inadempimento del contratto, la consegna/la fornitura/l'esecuzione di prodotti/opere/servizi che presentano sostanziali difformità che li rendono inadatti all'uso previsto nel contratto».

7. L'articolo 171 dispone quanto segue:

«(1) Ogni operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui agli articoli 164 e 167 che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua credibilità con riferimento ai motivi di esclusione.

(2) Se l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che le prove presentate dall'operatore economico, ai sensi delle disposizioni di cui al paragrafo 1, siano sufficienti a dimostrare in concreto la sua credibilità, essa non esclude l'operatore economico dalla procedura di aggiudicazione.

(3) Le prove di cui al paragrafo 1 che l'operatore economico che si trova in una qualsiasi delle situazioni previste dagli articoli 164 e 167 può fornire all'amministrazione aggiudicatrice si riferiscono al pagamento o all'assunzione dell'obbligo di pagare un risarcimento per gli eventuali danni causati dal reato o dall'illecito, all'aver chiarito in modo globale i fatti e le circostanze in cui è avvenuto il reato o altro fatto illecito, collaborando attivamente con le autorità investigative e all'aver adottato provvedimenti concreti e idonei di carattere tecnico,

organizzativo e relativi al personale, quali la rottura dei rapporti con le persone e con le organizzazioni coinvolte nel comportamento irregolare, misure di riorganizzazione del personale, di attuazione dei sistemi di controllo e di segnalazione, e volte alla creazione di una struttura di audit interno per verificare il rispetto della legge e delle norme o l'adozione di regole interne sulla responsabilità e il risarcimento dei danni, per prevenire la commissione di nuovi reati o di altri illeciti.

(...)».

II. Fatti e questione pregiudiziale

8. Il 3 ottobre 2010, il Comune di Râmnicu Vâlcea (Romania) aggiudicava alla Delta Antrepriza de Construc?ii ?i Montaj 93 SA (in prosieguito: la «Delta») e ad altre due società con le quali essa costituiva un'associazione temporanea di imprese (in prosieguito: la «UTE1») un appalto di lavori di ristrutturazione e ammodernamento di una struttura ricreativa.

9. Il 7 giugno 2017 detto Comune decideva di risolvere il contratto adducendo che la UTE1 l'aveva violato subappaltando parti significative dei lavori senza la sua previa autorizzazione, nonostante il capitolato d'onere contenesse una clausola secondo la quale nessun subappaltatore avrebbe potuto partecipare all'esecuzione del contratto senza il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice (3).

10. La cessazione anticipata del contratto per cause imputabili alla UTE1 veniva comunicata, in data 25 luglio 2017, alla piattaforma online Sistemul Electronic de Achizi?ii Publice (Sistema elettronico degli appalti pubblici; in prosieguito: il «sistema elettronico»).

11. Il 27 luglio 2017 la Compania Na?ionala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (Compagnia nazionale per l'amministrazione dell'infrastruttura stradale; in prosieguito: la «CNAIR») indiceva una gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico di lavori di costruzione «Proiectare ?i execu?ie largire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350» (Progettazione ed esecuzione dell'allargamento a 4 corsie della strada statale Bâldana-Titu km 30+950-52+350), del valore stimato di circa RON 210 627 629 (EUR 46 806 139,78) e della durata di 84 mesi.

12. La Delta costituiva con altre due società una nuova associazione temporanea di imprese (in prosieguito: la «UTE2») e partecipava come offerente alla procedura. Nella sua candidatura affermava di non essere interessata da alcun motivo di esclusione.

13. La commissione di valutazione della CNAIR, consultando il sistema elettronico, accedeva all'atto di accertamento emesso dal Comune di Râmnicu Vâlcea, nel quale figurava la risoluzione del contratto tra la UTE1 e detto Comune.

14. Il 18 dicembre 2017, dopo avere sentito la Delta e il Comune di Râmnicu Vâlcea, la commissione di valutazione della CNAIR escludeva la UTE2 dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto per l'ampliamento della strada nazionale. A tal fine, essa adduceva che la cessazione anticipata del contratto precedente e la mancata comunicazione di tale circostanza nella seconda procedura costituivano motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 167, paragrafo 1, lettere g) e h), della legge n. 98/2016.

15. La UTE2 chiedeva all'amministrazione aggiudicatrice di revocare la decisione di esclusione e di esaminare la sua offerta. Di fronte al silenzio della CNAIR, essa adiva il Consiglio nazionale per la risoluzione dei reclami (in prosieguo: il «CNRR»).

16. Il 2 febbraio 2018, il CNRR respingeva il reclamo, dopo avere dichiarato che:

– era competente a verificare la legittimità della decisione di rigetto dell'offerta e a verificare se essa rientrasse nella fattispecie di esclusione prevista dalla legge, ma non ad analizzare la validità dell'atto di accertamento;

– tale atto, godendo della presunzione di legittimità, comprovava la gravità della mancata esecuzione degli obblighi derivanti da un precedente contratto pubblico;

– la UTE2 aveva invocato soltanto motivi di illegittimità dell'atto di accertamento, senza addurre prove per dimostrare la propria credibilità, conformemente all'articolo 171 della legge n. 98/2016.

17. La decisione del CNRR è stata impugnata dinanzi al giudice del rinvio il 16 febbraio 2018. Nella domanda è stato fatto valere, in sintesi, a) che l'atto di accertamento non era idoneo a dimostrare la violazione grave e ripetuta degli obblighi contrattuali da parte della Delta e b) che, ammesso che tale atto corrispondesse alla realtà, il suo contenuto non rientrava nella fattispecie di esclusione consistente nella violazione grave o ripetuta degli obblighi contrattuali (4).

18. In tale contesto, la Curtea de Apel Bucuresti (Corte d'appello di Bucarest, Romania) ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 57, paragrafo 4, lettera g) della direttiva 2014/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, possa essere interpretato nel senso che la risoluzione di un contratto di appalto pubblico per il motivo che sarebbe stata subappaltata una parte dei lavori senza l'autorizzazione dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una significativa o persistente carenza nell'esecuzione di un requisito sostanziale di un precedente contratto di appalto pubblico che porta all'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di appalto pubblico».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

19. L'ordinanza di rinvio è pervenuta presso la cancelleria della Corte in data 17 aprile 2018.

20. Hanno presentato osservazioni scritte la Delta, il governo rumeno e la Commissione europea. All'udienza tenutasi il 27 febbraio 2019 sono comparsi la Delta, il governo austriaco e la Commissione.

IV. Valutazione

A. Osservazione preliminare

21. La domanda del giudice del rinvio riguarda soltanto l'interpretazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24. Tuttavia, ritengo che, conformemente a una prassi costante della Corte (5), la sua risposta possa estendersi ad altre disposizioni di detta direttiva che presentano un nesso con gli stessi fatti, al fine di fornire al giudice del rinvio elementi di valutazione che ne agevolino il compito.

22. In particolare, è vero che il motivo di esclusione relativo alla cessazione anticipata del contratto corrisponde all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24. Tuttavia, la stessa ordinanza di rinvio (6) indica che, secondo la commissione di valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice, erano applicabili «all'offerta in discussione anche le disposizioni di cui all'articolo 167, paragrafo 1, lettera h) della legge n. 98/2016». Atteso che tale norma è il riflesso nella normativa nazionale del motivo di esclusione previsto all'articolo

57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24, la risposta della Corte potrà essere più completa se si estenderà all'incidenza di quest'ultimo motivo sui fatti controversi (7).

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

23. Come ho rilevato nelle conclusioni relative alla causa Meca (8), l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 menziona, tra i comportamenti degli operatori economici che possono giustificare la loro esclusione da una procedura di appalto, sia i «gravi illeciti professionali [che rendano] dubbia la [loro] integrità» [lettera c)], sia le «significative (...) carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico (...) che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente» [lettera g)].

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

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

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

27. Entrambe le cause di esclusione si basano su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda. Sebbene la direttiva 2004/18/CE (9) non si riferisca espressamente a tale elemento, la giurisprudenza della Corte ha provveduto ad elaborarlo (10).

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

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

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

31. Come ho già esposto, il motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, applicato nel caso di specie, è pertinente se, nell'adempimento di un contratto precedente, l'operatore ha evidenziato significative o persistenti carenze (11) nell'esecuzione di un requisito sostanziale che abbiano provocato la cessazione anticipata di tale contratto.

32. In base a tale enunciato si può osservare, anzitutto, che l'irregolarità commessa dall'offerente deve essere stata sufficientemente grave («significativa») da giustificare, sotto il profilo del principio di proporzionalità, la cessazione anticipata del contratto.

33. Dal confronto tra alcune versioni linguistiche della disposizione (12) emerge che questo motivo di esclusione presuppone la violazione di un obbligo essenziale previsto da un precedente contratto pubblico. Tale obbligo può essere sia sostanziale che formale, poiché nulla osta all'esistenza di obblighi formali che si configurino come essenziali per l'esecuzione di un appalto pubblico (13).

34. Pertanto, affinché operi l'esclusione non è sufficiente la mera risoluzione unilaterale del precedente contratto relativo ad un appalto pubblico. All'amministrazione aggiudicatrice spetterà l'ulteriore compito di valutare l'inadempimento imputato a suo tempo all'appaltatore

e verificare se esso riguardi o meno i requisiti di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24.

35. La Corte non deve sostituirsi al giudice del rinvio nella valutazione dei fatti o della gravità della violazione che ha motivato l'esclusione della Delta. Spetta quindi al giudice a quo accertare se, nel caso di specie, il subappalto non autorizzato (14) dei lavori di costruzione del centro ricreativo comunale configurasse una carenza significativa nell'esecuzione del contratto tra la UTE1 e il Comune di Râmnicu Vâlcea.

36. Tuttavia, la Corte può fornire al giudice del rinvio alcune indicazioni utili ai fini della sua valutazione.

37. In primo luogo, detto giudice dovrà esaminare il contenuto del capitolato d'oneri e in quale misura esso imponesse specificamente all'appaltatore di rendere nota la propria intenzione di subappaltare parte dei lavori, e di chiedere a tal fine l'autorizzazione dell'amministrazione aggiudicatrice. Secondo il governo rumeno, esistevano clausole specifiche in forza delle quali nessun subappaltatore poteva partecipare all'esecuzione del contratto senza il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice (15).

38. Non si deve dimenticare che, ai sensi dell'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, «[n]ei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere (...) all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti». Solo partendo da questo dato l'amministrazione aggiudicatrice potrà stabilire se il subappaltatore sia a sua volta affidabile (16).

39. Una clausola del capitolato d'oneri che imponga siffatta indicazione preventiva trova quindi una solida base giuridica nel diritto dell'Unione. Inoltre, la sua introduzione risponde alla ratio della direttiva 2014/24 per quanto riguarda i meccanismi di notifica dell'intenzione di subappaltare e dell'identità dei subappaltatori.

40. Mentre la direttiva 2004/18 risultava laconica a tale riguardo (17), in quanto si limitava a menzionare la necessità di prevedere norme sul subappalto per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (18), la direttiva 2014/24 mette in luce le ragioni per le quali è così importante la «trasparenza nella catena dei subappalti».

41. Nello specifico, il preambolo della direttiva 2014/24 indica che «ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si

stanno eseguendo i lavori (...). Dovrebbe essere chiarito che l'obbligo di fornire le necessarie informazioni grava in ogni caso sul contraente principale, in virtù di clausole specifiche che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà inserire in tutte le procedure di appalto, o in virtù di obblighi che gli Stati membri imporranno al contraente principale mediante disposizioni di applicazione generale» (19).

42. Sotto il profilo strettamente normativo, l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), della direttiva 2014/24 dispone che «le amministrazioni aggiudicatrici possono (...) verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57». Tale verifica presuppone, logicamente, che l'aggiudicatario abbia prima informato dette amministrazioni che intende subappaltare parte dei lavori.

43. Ciò posto, occorre verificare altresì se la violazione dell'obbligo di rendere nota l'esistenza del subappaltatore comportasse, secondo il capitolato d'onori, la cessazione anticipata del contratto. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice, risolvendo il contratto, si sarebbe limitata ad «osservare rigorosamente i criteri da essa stessa stabiliti», conformemente alla sentenza *Connexion Taxi Services* (20).

44. In secondo luogo, il giudice del rinvio dovrà valutare se l'esecuzione diretta da parte del solo appaltatore selezionato costituisca un obbligo essenziale al fine di conseguire l'obiettivo perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice. In caso contrario, vale a dire qualora fosse prevista la possibilità di ricorrere a subappaltatori nell'ambito di tale contratto di lavori, ancorché subordinatamente all'obbligo di previa comunicazione e alla successiva autorizzazione amministrativa, detto giudice dovrà valutare se la mancanza di tale comunicazione (e pertanto dell'autorizzazione richiesta) non costituisca una mera irregolarità amministrativa senza grande incidenza e sanabile a posteriori (21).

45. In terzo luogo, il giudice del rinvio potrà vagliare in quale misura il subappalto abbia interessato una parte significativa dei lavori di costruzione del centro ricreativo comunale e se l'intervento del subappaltatore abbia influito negativamente sull'esecuzione di tali lavori (22).

46. Tali valutazioni saranno pertinenti per giudicare, sotto il profilo del principio di proporzionalità (23), il provvedimento di esclusione. Se la condotta dell'operatore economico che ha violato i propri obblighi nell'ambito del primo appalto non raggiungesse un determinato livello di importanza (vale a dire, se fosse solo di importanza minore), la sua esclusione dal secondo potrebbe risultare illegittima, in quanto sproporzionata.

47. In quarto luogo, qualora si accertasse la sussistenza di tale motivo di esclusione, l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 (recepito nell'articolo 171 della legge n. 98/2016) ammetterebbe ancora che l'offerente interessato possa fornire prove per dimostrare che, dopo il suo comportamento precedente, ha dato prova di affidabilità (24).

48. Infine, l'argomento della Delta relativo alle controversie pendenti in merito alla decisione con cui il Comune di Râmnicu Vâlcea ha risolto il contratto della UTE1 (25) non osta, di per sé, all'applicazione di tale motivo di esclusione. Come ho sostenuto nelle mie conclusioni relative alla causa Meca (26), la mera impugnazione di una decisione di cessazione anticipata di un contratto non può diventare un ostacolo tale da impedire all'amministrazione aggiudicatrice di valutare il comportamento che lo ha provocato e la conseguente affidabilità dell'operatore.

C. Sul motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24

49. Tra le ipotesi previste dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24, nelle quali è giustificata l'esclusione di un operatore economico da una procedura di appalto pubblico, rientrano:

- «essersi 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»; e
- «non [avere] trasmesso tali informazioni» (27).

50. La Corte ha esaminato la prima di tali ipotesi nella sentenza Esaprojekt (28), interpretando la disposizione della direttiva 2004/18 [ossia l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g)] che consentiva, in termini analoghi, di escludere un operatore economico dall'appalto pubblico a motivo delle sue false dichiarazioni all'amministrazione aggiudicatrice.

51. In detta sentenza è stato ritenuto che non fosse necessaria l'intenzionalità della falsa dichiarazione, essendo sufficiente la sussistenza di una «negligenza di una certa gravità, ossia di una negligenza che può avere un'incidenza determinante sulle decisioni di esclusione, di selezione o di aggiudicazione di un appalto pubblico». Poiché in quel caso ricorreva tale circostanza, l'operatore economico poteva essere considerato «gravemente colpevole», il che giustificava «la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di escludere il suddetto operatore dall'appalto pubblico di cui trattasi» (29).

52. La seconda ipotesi è stata esaminata nella sentenza *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato* (30) in riferimento alla disposizione corrispondente della direttiva 2004/18 (31). In detta causa, l'offerente non aveva menzionato nella sua offerta la situazione penale di un amministratore, condannato per vari reati. La Corte ha ritenuto che tale circostanza fosse sufficiente per escludere l'offerente dalla procedura di aggiudicazione (32).

53. Sebbene possa sembrare che il tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24 indichi che la «gravità» è richiesta solo per la trasmissione di informazioni false e non per la mancata trasmissione delle informazioni, ritengo che non sia così. A prescindere dalla circostanza che la condotta sia attiva (falsificare) od omissiva (occultare), ciò che rileva è che l'informazione, falsa o occultata, influisca sulla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice. Ritengo che si tratti, di nuovo, di una conseguenza del principio di proporzionalità.

54. Nel presente procedimento pregiudiziale, come ho già anticipato, il giudice del rinvio non si occupa del motivo di esclusione che sto analizzando, diversamente da quanto ha fatto l'amministrazione aggiudicatrice (33). Infatti, poiché la Delta ha omesso di informare il CNAIR che il suo precedente contratto pubblico era stato risolto a causa della violazione della clausola relativa al subappalto, detto organismo ha scelto di applicare (insieme al motivo di esclusione già esaminato nella sezione precedente), l'articolo 167, paragrafo 1, della legge n. 98/2016, vale a dire la norma nazionale che rispecchia l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24.

55. In tale contesto, se il giudice del rinvio ritiene opportuno soffermarsi sull'analisi del secondo motivo di esclusione applicato dal CNAIR, dovrà tenere conto delle specifiche circostanze nelle quali ha avuto luogo l'occultamento dell'informazione, nonché della gravità di tale comportamento.

56. In particolare, per valutare l'importanza dell'informazione occultata all'amministrazione aggiudicatrice, non sarà sufficiente constatare che l'offerente non ha menzionato l'esistenza di un possibile motivo di esclusione. Sarà necessario altresì valutare la rilevanza dell'informazione omessa.

57. In un caso come quello di specie, in cui vi è stata una precedente risoluzione contrattuale formalmente dichiarata (34), il principio di lealtà imponeva alla Delta di rendere noto tale fatto oggettivo all'amministrazione aggiudicatrice, fin dall'inizio, fatta salva la possibilità di fornirle tutte le informazioni che ritenesse necessarie al fine di dimostrare che, a suo avviso, la violazione non sussisteva o era stata di scarsa importanza (35).

58. Ad ogni modo, spetterà al giudice nazionale valutare le circostanze di fatto della controversia per accertare, alla luce del principio di proporzionalità, se l'esclusione dell'offerente, per un motivo o per un altro, fosse sufficientemente giustificata.

V. Conclusione

59. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere nei seguenti termini alla questione pregiudiziale sollevata dalla Curtea de Apel București (Corte d'appello di Bucarest, Romania):

«1 L'articolo 57, paragrafo 4, lettera 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:

– un'amministrazione aggiudicatrice, in linea di principio, è autorizzata ad escludere dalla procedura di appalto di lavori pubblici un operatore economico nei cui confronti sia stata disposta la cessazione anticipata di un precedente contratto di appalto pubblico per violazione della clausola che lo obbligava a comunicare, ai fini della necessaria autorizzazione, che parte di tali lavori era assegnata a un subappaltatore;

– spetta al giudice nazionale chiarire, alla luce delle particolari circostanze della controversia e in applicazione del principio di proporzionalità, se la cessazione anticipata del (primo) contratto di appalto pubblico fosse dovuta a una significativa carenza nell'esecuzione di un requisito sostanziale richiesto nell'ambito di detto contratto, sufficiente per escludere l'operatore economico dal (secondo) contratto.

2) L'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva 2014/24 non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice escluda da un (secondo) contratto di appalto pubblico l'offerente che abbia occultato, dinanzi ad essa, la cessazione anticipata di un contratto precedente per significative carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale richiesto nel contesto di tale (primo) contratto. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce del principio di proporzionalità, la gravità di tale occultamento di informazioni».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

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

3 La medesima decisione quantificava i danni conseguenti in 2 345 299,70 leu (RON) (EUR 521 000).

4 La Delta ha aggiunto che sia l'atto di accertamento sia le asserite violazioni alle quali esso faceva riferimento sono state contestate in giudizio.

5 Sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF (C-425/14 EU:C:2015:721, punto 20): «la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni. A tal proposito la Corte deve trarre da tutti gli elementi forniti dal giudice nazionale, e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi del diritto dell'Unione che richiedano un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia».

6 Punto 15.

7 L'analisi dell'inadempimento contrattuale potrebbe riferirsi anche al motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva 2014/24 (vale a dire, ai gravi illeciti professionali). Tuttavia, non mi soffermerò su questo punto.

8 Conclusioni del 7 marzo 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183, paragrafi da 38 a 45).

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

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

11 Tale disposizione utilizza il plurale parlando di carenze. Ritengo, tuttavia, che il criterio sia di natura qualitativa, piuttosto che quantitativa, cosicché un'unica carenza significativa potrebbe, di per sé, comportare l'esclusione. Ciò è stato sostenuto anche dalla Commissione e dal governo austriaco in udienza. Il considerando 101 della direttiva 2014/24, laddove menziona a titolo d'esempio alcune delle «gravi carenze» alle quali fa riferimento, utilizza il singolare, riferendosi alla «mancata fornitura o esecuzione» o, [nella versione spagnola], a «una conducta indebida» [un comportamento scorretto] che dia «adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico». Tutto dipenderà, ripeto, dalla proporzionalità della misura rispetto alla gravità del comportamento.

12 Nella versione spagnola viene utilizzata l'espressione requisito de fondo, ma le altre versioni fanno riferimento piuttosto alla sostanza di tale requisito: così quelle francese (obligation essentielle), inglese (substantive requirement), tedesca (einer wesentlichen Anforderung) e italiana (requisito sostanziale).

13 L'occultamento intenzionale della partecipazione di un subappaltatore, che l'offerente ometta di menzionare al fine di eludere le clausole contrattuali corrispondenti a norme imperative della direttiva 2014/24, pur avendo carattere apparentemente formale, può comportare gravi danni ed essere considerato significativo, in funzione di questi ultimi e dell'intenzione fraudolenta.

14 La Delta sostiene che, in realtà, non vi sarebbe stato subappalto, bensì un rapporto con un'altra società per la prestazione di servizi e la fornitura di materiali. L'ordinanza di rinvio, la cui esposizione dei fatti deve essere accettata dalla Corte, sembra muovere dalla premessa che vi sia effettivamente stato subappalto.

15 Punto 17 delle sue osservazioni scritte. In udienza è stato discusso il contenuto di tale clausola (la numero 23.6), di cui la Delta ha ammesso l'esistenza.

16 Considerando 105 della direttiva 2014/24: «(...) dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, (...) permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico (...)».

17 Dal confronto tra il regime dei subappalti della direttiva 2004/18 (articolo 25) e quello della direttiva 2014/24 (articolo 71) emerge che, in sostanza, viene mantenuto l'obbligo di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice, ove richiesto dal capitolato d'oneri, quale parte dei lavori sarà subappaltata, nonché l'identità dei subappaltatori proposti.

18 Considerando 32 della direttiva 2004/18.

19 Considerando 105 della direttiva 2014/24. Il corsivo è mio.

20 Sentenza del 14 dicembre 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948, punto 38 e giurisprudenza ivi citata).

21 È questa una delle opzioni indicate dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte (insieme ad altre, come l'ipotesi che la UTE1 intendesse indurre in errore l'amministrazione aggiudicatrice sull'identità del subappaltatore).

22 Secondo il governo rumeno, sebbene l'ordinanza di rinvio non precisi se detta esecuzione presentasse difetti, l'accertamento della responsabilità della UTE1 costituirebbe un indizio in tal senso.

23 La direttiva 2014/24 fa riferimento alla proporzionalità della misura, anche in relazione ai motivi di esclusione obbligatoria, come quello relativo all'omesso pagamento di imposte o contributi previdenziali (articolo 57, paragrafo 3, secondo comma).

24 Il punto 21 dell'ordinanza di rinvio indica che la UTE2 «ha invocato soltanto motivi di illegittimità dell'atto di accertamento senza addurre prove che dimostrino la sua credibilità (...)». In udienza, la Delta non ha sostenuto di avere adottato misure correttive, di autodisciplina, per recuperare l'affidabilità (essa si è limitata ad indicare che a suo tempo ha tentato di porre rimedio alla mancata comunicazione del subappalto).

25 L'ordinanza di rinvio menziona tale litispendenza al punto 12.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

27 Sebbene le diverse versioni linguistiche da me consultate si differenzino per l'utilizzo di verbi affermativi o negativi (in italiano, non ha trasmesso; in inglese, has withheld; in francese, a caché; in tedesco, zurückgehalten; in portoghese, tiver retido; in rumeno, nu a divulgat), ritengo che, nella sostanza, esse descrivano la medesima condotta.

28 Sentenza del 4 maggio 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 Ibidem (punti 71 e 77).

30 Sentenza del 20 dicembre 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 Ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18, «[p]uò essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico (...) che non abbia fornito dette informazioni [richieste a norma della presente sezione]».

32 Sentenza del 20 dicembre 2017, (C-178/16, EU:C:2017:1000), punto 48): «[i]n tal senso, il fatto di non informare l'amministrazione aggiudicatrice della condotta penalmente rilevante dell'ex amministratore può anch'esso costituire un elemento che consente, in forza di tale disposizione, di escludere un offerente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

33 In udienza, la Commissione ha evocato la possibilità che l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), costituisca il fondamento dell'esclusione.

34 In udienza, il governo austriaco ha sottolineato che la risoluzione anticipata di un contratto pubblico è un elemento la cui importanza non può essere sminuita e che deve essere necessariamente evidenziata nelle successive procedure di aggiudicazione.

35 In udienza, la Delta ha ammesso di non avere indicato tale circostanza nel documento di gara unico europeo, adducendo che esso non contiene spazi per osservazioni. Tuttavia, nulla le avrebbe impedito, se intendeva illustrare i dettagli della risoluzione del contratto, di presentare una memoria separata contenente tali spiegazioni.