

SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

22 ottobre 2015 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Motivi di esclusione dalla partecipazione a una gara d'appalto – Appalto che non raggiunge la soglia di applicazione di detta direttiva – Norme fondamentali del Trattato FUE – Dichiarazione di accettazione di un protocollo di legalità relativo al contrasto delle attività criminali – Esclusione per mancato deposito di una tale dichiarazione – Ammissibilità – Proporzionalità»

Nella causa C-425/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Italia), con ordinanza del 9 luglio 2014, pervenuta in cancelleria il 17 settembre 2014, nel procedimento

Impresa Edilux Srl, in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese,

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

contro

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana,

UREGA – Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

nei confronti di:

Icogen Srl,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da D. Šváby, presidente dell'Ottava Sezione, facente funzione di presidente della Decima Sezione, E. Juhász e C. Vajda (relatore), giudici,

avvocato generale: P. Cruz Villalón

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Impresa Edilux Srl, in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese, e la Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), da F. Lattanzi e S. Iacuzzo, avvocati;
- per la Icogen Srl, da C. Giurdanella, avvocato;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da D. Recchia 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 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), come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU L 319, pag. 43; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Impresa Edilux Srl (in prosieguo: la «Edilux»), in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita tra la stessa e la Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), e quest'ultima e, dall'altro, l'Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, l'Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana, l'UREGA – Sezione provinciale di Trapani e l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (in prosieguo, congiuntamente: l'«amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale») in merito all'esclusione, da parte di quest'ultima, della Edilux e della SICEF dalla partecipazione a una procedura di affidamento di appalti pubblici per non aver depositato, unitamente alla loro offerta, una dichiarazione di accettazione delle clausole contenute in un protocollo di legalità.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 L'articolo 2 della direttiva 2004/18 così dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

4 In forza del suo articolo 7, lettera c), detta direttiva si applica agli appalti pubblici di lavori il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore a EUR 5 000 000.

5 L'articolo 45 della stessa direttiva, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», prevede, ai paragrafi 1 e 2, quanto segue:

«1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito:

a) partecipazione a un'organizzazione criminale (...)

- b) corruzione, (...)
- c) frode (...)
- d) riciclaggio dei proventi di attività illecite (...).

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

Essi possono prevedere una deroga all'obbligo di cui al primo comma per esigenze imperative di interesse generale.

(...)

2. 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».

Il diritto italiano

6 L'articolo 46, comma 1 bis, del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, che istituisce il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006), dispone quanto segue:

«La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

7 Ai sensi dell'articolo 1, comma 17, della legge del 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (GURI n. 265 del 13 novembre 2012; in prosieguo: la «legge n. 190/2012»):

«Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

8 La Edilux e la SICEF sono, rispettivamente, la capogruppo mandataria e la mandante di un'associazione temporanea di imprese. Il 20 maggio 2013 è stato loro attribuito dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale un appalto pubblico di lavori di un valore stimato di EUR 2 271 735 e relativo al restauro di templi greci in Sicilia.

9 Il 18 giugno 2013, in seguito a un reclamo presentato dalla Icogen Srl, società seconda classificata al termine della procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale ha annullato la decisione di aggiudicazione dell'appalto in questione alla Edilux e alla SICEF e ha attribuito in via definitiva tale appalto alla Icogen Srl.

10 L'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale ha fondato tale annullamento, e pertanto l'esclusione della Edilux e della SICEF dalla gara d'appalto, sul mancato deposito da parte di queste ultime, unitamente alla loro offerta, della dichiarazione di accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità, che doveva essere resa secondo lo schema esposto nell'allegato 6 del disciplinare di detto appalto. Nella rubrica «Avvertenze» di tale disciplinare era indicato che la dichiarazione in parola costituiva un documento essenziale, da produrre a pena di esclusione.

11 Detta dichiarazione, copia della quale è inclusa nel fascicolo sottoposto alla Corte, enuncia quanto segue:

«[Il partecipante alla gara] si obbliga espressamente nel caso di aggiudicazione:

a. a comunicare (...) alla Stazione appaltante (...) lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto e derivati, (...) nonché le modalità di scelta dei contraenti (...);

b. a segnalare alla Stazione appaltante qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/o durante l'esecuzione del contratto, da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in oggetto;

c. a collaborare con le Forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale (...);

d. a inserire identiche clausole nei contratti di subappalto (...) ed è consapevole che, in caso contrario, le eventuali autorizzazioni non saranno concesse.

Dichiara espressamente ed in modo solenne

e. di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara;

f. che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo, ad altre imprese partecipanti alla gara (...) ed è consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati;

g. che l'offerta è improntata a serietà, integrità, indipendenza e segretezza, e si impegna a conformare il proprio comportamento ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza; e che non si è accordat[o] e non si accorderà con altri partecipanti alla gara per limitare od eludere in alcun modo la concorrenza;

h. che nel caso di aggiudicazione si obbliga espressamente a segnalare alla Stazione appaltante qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/o durante l'esecuzione del contratto, da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in oggetto;

i. di obbligarsi a collaborare con le Forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale (...);

j. di obbligarsi ancora espressamente a inserire identiche clausole nei contratti di subappalto (...) ed è consapevole che, in caso contrario, le eventuali autorizzazioni non saranno concesse;

k. (...) di essere consapevole che le superiori obbligazioni e dichiarazioni sono condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara sicché, qualora la Stazione appaltante accerti, nel corso del procedimento di gara, una situazione di collegamento sostanziale, attraverso indizi gravi, precisi e concordanti, l'impresa verrà esclusa».

12 Avendo il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia respinto il loro ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale del 18 giugno 2013, la Edilux e la SICEF hanno proposto appello dinanzi al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

13 Il giudice del rinvio spiega che i protocolli di legalità sono stati introdotti nell'ordinamento giuridico italiano al fine di prevenire e contrastare il pernicioso fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, della criminalità organizzata, molto radicata in alcune regioni del sud Italia. Tali protocolli sarebbero altresì essenziali per la tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la normativa italiana e dell'Unione europea in materia di appalti pubblici.

14 Secondo il medesimo giudice, l'articolo 1, comma 17, della legge n. 190/2012 implica che le amministrazioni aggiudicatrici possano pretendere, a pena di esclusione, che l'accettazione di siffatti protocolli, necessaria affinché le loro clausole siano obbligatorie, intervenga previamente. Infatti, se fosse suscettibile di sanzione unicamente l'inosservanza di dette clausole in fase di

esecuzione dell'appalto, verrebbe meno il voluto e dichiarato effetto di anticipazione massima della soglia di tutela e di deterrenza. Una siffatta causa di esclusione sarebbe inoltre legittima alla luce dell'articolo 46, comma 1 bis, del decreto legislativo n. 163, che prevede l'esclusione da una gara d'appalto in caso di inadempimento di disposizioni di legge vigenti, tra cui la citata disposizione della legge n. 190/2012.

15 Tuttavia, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla compatibilità di una siffatta causa di esclusione con il diritto dell'Unione. A tale riguardo il giudice del rinvio rileva che l'articolo 45 della direttiva 2004/18, che stabilisce ai suoi paragrafi 1, primo comma, e 2, primo comma, un elenco tassativo di cause di esclusione, non contiene disposizioni analoghe. Esso ritiene, per contro, che l'articolo 1, comma 17, della legge n. 190/2012 possa essere conforme all'articolo 45, paragrafo 1, terzo comma, di detta direttiva, che prevedrebbe una deroga alla tassatività delle cause di esclusione per esigenze imperative di interesse generale, quali quelle connesse con l'ordine pubblico e con la prevenzione del crimine.

16 Il giudice del rinvio aggiunge che, sebbene il valore dell'appalto pubblico di lavori controverso si collochi al di sotto della pertinente soglia di applicazione della direttiva 2004/18, si applicano comunque i principi del diritto dell'Unione. A tale riguardo esso rileva che detto appalto presenta un interesse transfrontaliero certo, atteso che alcune disposizioni della *lex specialis* della procedura ad esso relativa riguardano la partecipazione di imprese che non hanno sede in Italia.

17 È in tale contesto che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto dell'Unione europea e, in particolare, l'articolo 45 della direttiva [2004/18] osti a una disposizione, come l'articolo 1, comma 17, della legge n. 190/2012, che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere come legittima causa di esclusione delle imprese partecipanti a una gara indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di appalto, la mancata accettazione, o la mancata prova documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle suddette imprese, degli impegni contenuti nei c.d. "protocolli di legalità" e, più in generale, in accordi, tra le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese partecipanti, volti a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli affidamenti di contratti pubblici.

2) Se, ai sensi dell'articolo 45 della direttiva [2004/18], l'eventuale previsione da parte dell'ordinamento di uno Stato membro della potestà di esclusione, descritta nel precedente quesito, possa essere considerata una deroga al principio della tassatività delle cause di esclusione giustificata dall'esigenza imperativa di contrastare il fenomeno dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento di contratti pubblici».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

18 Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio riguardano l'interpretazione dell'articolo 45 della direttiva 2004/18. Tuttavia, il giudice del rinvio constata, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, che l'appalto pubblico di lavori di cui trattasi nel procedimento principale è di un valore inferiore alla pertinente soglia di applicazione di tale direttiva, ossia quella fissata all'articolo 7, lettera c), della stessa.

19 Occorre ricordare che le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive dell'Unione che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai

contratti il cui valore superi la soglia prevista espressamente in ciascuna di tali direttive. Pertanto, le disposizioni di dette direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunga la soglia fissata da queste ultime (v. sentenza *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 15 nonché giurisprudenza citata). Ne consegue che l'articolo 45 della direttiva 2004/18 non trova applicazione nell'ambito del procedimento principale.

20 Nondimeno, da una giurisprudenza costante della Corte risulta che 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 (v., in particolare, sentenza *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve e a.*, C-225/13, EU:C:2014:245, punto 30 e giurisprudenza citata).

21 Secondo una giurisprudenza parimenti consolidata, all'aggiudicazione di appalti che, alla luce del loro valore, non rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive dell'Unione che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano comunque le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché tali appalti presentino un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto di determinati criteri oggettivi (v., in tal senso, sentenza *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 16 nonché giurisprudenza citata).

22 Al riguardo il giudice del rinvio ammette l'applicazione alla controversia di cui è investito dei principi del diritto dell'Unione e constata, in tale contesto, la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, atteso che alcune disposizioni della *lex specialis* della procedura relativa all'appalto che costituisce l'oggetto di tale controversia riguardano la partecipazione di imprese che non hanno sede in Italia.

23 In tali circostanze si deve considerare che la prima questione verte sull'interpretazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato menzionati al punto 21 della presente sentenza.

24 Per contro, non è necessario rispondere alla seconda questione. Infatti, come risulta dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio, tale questione verte specificamente sull'articolo 45, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2004/18, che prevede una deroga, per esigenze imperative di interesse generale, all'obbligo, per un'amministrazione aggiudicatrice, previsto al primo comma dello stesso paragrafo, di escludere dalla partecipazione ad un appalto pubblico qualsiasi candidato od offerente che sia stato oggetto di condanna, pronunciata con sentenza definitiva per una o più delle ragioni elencate in tale disposizione.

Sulla prima questione

25 La prima questione deve essere quindi intesa nel senso che essa verte, in sostanza, sul quesito se le norme fondamentali e i principi generali del Trattato, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso da

una procedura di gara relativa ad un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

26 La Corte ha già dichiarato che va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati (v., in tal senso, sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 31 e 32 nonché giurisprudenza citata).

27 Secondo il giudice del rinvio, un protocollo di legalità come quello di cui trattasi nel procedimento principale è finalizzato a prevenire e a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, della criminalità organizzata, che è molto radicata in alcune regioni del sud Italia. Esso è funzionale altresì alla tutela dei principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la normativa italiana e dell'Unione in materia di appalti pubblici.

28 Si deve necessariamente constatare che, ostacolando l'attività criminale e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, una misura quale l'obbligo di dichiarare l'accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti. Inoltre, poiché incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, detto obbligo non viola il principio di non discriminazione.

29 Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, una siffatta misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (v., in tal senso, sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 33 e giurisprudenza citata).

30 Al riguardo si deve, in primo luogo, respingere l'argomento della Edilux e della SICEF secondo il quale una dichiarazione di accettazione di determinati impegni costituisce uno strumento inefficace per contrastare l'infiltrazione della criminalità organizzata poiché il rispetto di tali impegni può essere verificato solo successivamente all'aggiudicazione dell'appalto considerato.

31 Infatti, il giudice del rinvio precisa che, per essere obbligatorie, le clausole dei protocolli di legalità devono essere previamente accettate quale condizione di ammissione alla procedura di affidamento dell'appalto e che, se fosse suscettibile di sanzione unicamente la loro inosservanza in fase di esecuzione, verrebbe meno l'effetto di anticipazione massima della soglia di tutela e di deterrenza. In tali circostanze, tenuto conto del potere discrezionale riconosciuto agli Stati membri e ricordato al punto 26 della presente sentenza, non si può ritenere che l'obbligo di dichiarare l'accettazione degli impegni contenuti in un protocollo di legalità sin dall'inizio della partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un appalto ecceda quanto necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

32 In secondo luogo, per quanto attiene al contenuto del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale, gli impegni in forza dei punti da a) a d) che devono assumere i candidati o gli offerenti in sua accettazione consistono, essenzialmente, nel comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto e derivati nonché le modalità

di scelta dei contraenti, nel segnalare qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara d'appalto e durante l'esecuzione del contratto, nel collaborare con le forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale, nonché nell'inserire identiche clausole nei contratti di subappalto. Tali impegni si sovrappongono alle dichiarazioni previste nel medesimo protocollo ai punti da h) a j).

33 Per quanto riguarda una dichiarazione come quella di cui al punto g) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale, secondo la quale il partecipante dichiara che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara d'appalto per limitare od eludere la concorrenza, essa si limita all'obiettivo di tutelare i principi di concorrenza e di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

34 Siffatti impegni e dichiarazioni vertono sul comportamento leale del candidato o dell'offerente nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale e sulla collaborazione con le forze dell'ordine. Essi non eccedono quindi quanto necessario al fine di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

35 Tuttavia, il punto e) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale include una dichiarazione secondo la quale il partecipante non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti.

36 Orbene, come rilevato dalla Commissione europea nelle sue osservazioni scritte, dalla giurisprudenza della Corte deriva che l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una tale situazione con altri candidati o offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza. Una siffatta esclusione automatica costituisce, infatti, una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto (v., in tal senso, sentenze Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punti da 28 a 30, nonché Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 39 e 40).

37 In detto punto e) figura altresì una dichiarazione secondo la quale il partecipante non si sia accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara. Una siffatta dichiarazione, escludendo qualsiasi accordo tra i partecipanti, compresi gli accordi non idonei a restringere il gioco della concorrenza, eccede quanto necessario al fine di salvaguardare il principio di concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici. Per tale circostanza, una siffatta dichiarazione si distingue da quella di cui al punto g) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale.

38 Ne deriva che un obbligo per un partecipante a un appalto pubblico di dichiarare, da un lato, l'assenza di situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti e, dall'altro, l'assenza di accordi con altri partecipanti alla gara d'appalto, con la conseguenza che, senza una siffatta dichiarazione, esso è automaticamente escluso da tale procedura, è contrario al principio di proporzionalità.

39 Considerazioni simili devono altresì applicarsi per quanto riguarda la dichiarazione di cui al punto f) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale, ai sensi della quale il partecipante dichiara che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara e che è consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati. Una tale

dichiarazione, infatti, implica una presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario. Così, una siffatta dichiarazione eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi.

40 Inoltre, tenuto conto dell'obiettivo di prevenire e di contrastare il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata, qualsiasi eventuale pressione, esercitata sull'aggiudicatario di un appalto da parte di un'altra impresa che abbia partecipato alla gara, allo scopo di ottenere il subappalto per l'esecuzione di tale contratto da quest'ultima, dovrebbe essere comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o, se del caso, denunciata alle forze di polizia, conformemente ai punti b), c), g), h) e i) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale.

41 In considerazione di quanto precede, si deve rispondere alla prima questione sollevata dichiarando che le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Tuttavia, nei limiti in cui tale protocollo preveda dichiarazioni secondo le quali il candidato o l'offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti, non si sia accordato né si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, l'assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l'esclusione automatica del candidato o dell'offerente da detta procedura.

Sulle spese

42 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 (Decima Sezione) dichiara:

Le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Tuttavia, nei limiti in cui tale protocollo preveda dichiarazioni secondo le quali il candidato o l'offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti, non si sia accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, l'assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l'esclusione automatica del candidato o dell'offerente da detta procedura.

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.