

SENTENZA DELLA CORTE (Ottava Sezione)

28 febbraio 2018 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 51 – Regolarizzazione delle offerte – Direttiva 2004/17/CE – Chiarimento delle offerte – Normativa nazionale che subordina al pagamento di una sanzione pecuniaria la regolarizzazione, da parte degli offerenti, della documentazione da presentare – Principi relativi all’aggiudicazione degli appalti pubblici – Principio della parità di trattamento – Principio di proporzionalità»

Nelle cause riunite C-523/16 e C-536/16,

aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), con ordinanze del 13 e del 15 luglio 2016, pervenute in cancelleria rispettivamente il 12 e il 24 ottobre 2016, nei procedimenti

MA.T.I. SUD SpA

contro

Centostazioni SpA,

nei confronti di:

China Taiping Insurance Co. Ltd (C-523/16),

e

Dueemme SGR SpA

contro

Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (C-536/16),

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta da J. Malenovský, presidente di sezione, D. Šváby e M. Vilaras (relatore), giudici,
avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Duemme SGR SpA, da F. Brunetti e F. Scanzano, avvocati;
- per l'Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR), da M. Brugnoletti, avvocato;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da F. Sclafani, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da A. Tokár e C. Zadra, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 15 novembre 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione degli articoli 45 e 51 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), nonché dei principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture.

2 Nella causa C-523/16, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la MA.T.I. SUD SpA e la Centostazioni SpA in merito a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto «attività integrate di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché del servizio energia presso i complessi immobiliari delle stazioni ferroviarie facenti parte del network Centostazioni (...)».

3 Nella causa C-536/16, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Duemme SGR SpA (in prosieguo: la «Duemme») e l'Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (in

prosieguo: la «CNPR»), in merito ad una procedura di gara d'appalto aperta, finalizzata alla firma di un accordo quadro di gestione del portafoglio mobiliare della CNPR.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

La direttiva 2004/17/CE

4 Il considerando 9 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 2004, L 134, pag. 1), prevede quanto segue:

«Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall'articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di proporzionalità, nonché il principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest'ultimo, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità.

(...».

5 L'articolo 10 della direttiva in parola, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», così dispone:

«Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

La direttiva 2004/18

6 Il considerando 2 della direttiva 2004/18 prevede quanto segue:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della

libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

7 L'articolo 2 di tale direttiva, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti», così dispone:

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

8 L'articolo 45 della suddetta direttiva così prevede:

«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, quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune [98/733/GAI, del 21 dicembre 1998, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea (GU 1998, L 351, pag. 1)];

b) corruzione, quale definita rispettivamente all'articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 [che stabilisce la convenzione, in base all'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione che coinvolge funzionari delle Comunità europee o funzionari degli Stati membri dell'Unione europea (GU 1997, C 195, pag. 1),] ed all'articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune [98/742/GAI, del 22 dicembre 1998, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa alla corruzione nel settore privato (GU 1998, L 358, pag. 2)];

c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione [stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea,] relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee [(GU 1995, C 316, pag. 49)];

d) riciclaggio dei proventi di attività illecite, quale definito all'articolo 1 della direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite [(GU 1991, L 166, pag. 77)].

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.

Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie. Se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti. In funzione del diritto nazionale dello Stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente.

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 mediante 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, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici accettano come prova sufficiente che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di cui al paragrafo 1 e al paragrafo 2, lettere a), b), c), e) e f) quanto segue:

a) per i casi di cui al paragrafo 1 e al paragrafo 2, lettere a), b) e c), la presentazione di un estratto del casellario giudiziale o, in mancanza di questo, di un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa del paese d'origine o di provenienza, da cui risulti che tali requisiti sono soddisfatti;

b) per i casi di cui al paragrafo 2, lettere e) o f), un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro in questione.

Qualora non siano rilasciati dal paese in questione o non menzionino tutti i casi previsti al paragrafo 1 e al paragrafo 2, lettere a), b) o c), i documenti o i certificati possono essere sostituiti da una dichiarazione giurata ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, da una dichiarazione solenne resa dalla persona interessata innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato del paese d'origine o di provenienza.

4. Gli Stati membri designano le autorità e gli organismi competenti per il rilascio dei documenti, certificati o dichiarazioni di cui al paragrafo 3 e ne informano la Commissione. La comunicazione non pregiudica il diritto applicabile in materia di protezione dei dati».

9 L'articolo 51 della direttiva 2004/18 prevede quanto segue:

«L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50».

Diritto italiano

10 L'articolo 38, comma 2 bis, del decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, del 12 aprile 2006

(supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006) (in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), prevedeva quanto segue:

«La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50 000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte».

11 L'articolo 46 del codice dei contratti pubblici disponeva che, «[n]ei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

Causa C-523/16

12 Con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea l'8 gennaio 2016 la Centostazioni, società che fa parte del gruppo Ferrovie dello Stato Italiane SpA, ha indetto una procedura di gara d'appalto aperta ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di un valore stimato pari a EUR 170 864 780,81, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), avente ad oggetto le «attività integrate di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché del servizio energia presso i complessi immobiliari delle stazioni ferroviarie» facenti parte della sua rete, per una durata di 36 mesi. L'appalto era diviso in quattro lotti geografici (sud, centro-sud, centro-nord e nord-ovest, centro-nord e nord-est) da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

13 Il punto VI.3, lettera w), del bando di gara in questione prevedeva la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di chiedere la regolarizzazione, pena l'esclusione dalla procedura, di ogni offerta incompleta o irregolare; tale richiesta implicava il pagamento, da parte dell'offerente invitato a regolarizzare la propria offerta, di una sanzione pecuniaria di EUR 35 000, conformemente all'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici.

14 Il punto 1.1, lettera G), del disciplinare di gara relativo a tale appalto prevedeva che l'offerta presentata da un raggruppamento temporaneo di imprese non ancora formalmente costituito doveva

essere corredata, a titolo della documentazione amministrativa richiesta, di un'apposita dichiarazione contenente l'impegno, in caso di affidamento del lotto, a conferire mandato speciale collettivo con rappresentanza all'impresa da indicare nominativamente, qualificata «capogruppo» (in prosieguo: la «dichiarazione di impegno»). Tale dichiarazione di impegno doveva essere sottoscritta da tutte le imprese che avrebbero costituito il raggruppamento temporaneo, con la precisazione che, qualora un concorrente avesse partecipato a più lotti in forma diversa, avrebbe dovuto essere presentata una dichiarazione di impegno per ciascun lotto.

15 La MA.T.I. SUD, quale capogruppo/mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Graded SpA (in prosieguo: il «raggruppamento»), ha depositato un fascicolo di candidatura per i lotti 1 e 2 del bando di gara.

16 Il 16 marzo 2016 la commissione aggiudicatrice ha rilevato che la dichiarazione di impegno richiesta per il caso di aggiudicazione del lotto 2, che designava la MA.T.I. SUD come capogruppo del raggruppamento, era priva della sottoscrizione del suo legale rappresentante. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice, conformemente all'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, ha invitato detto raggruppamento, da un lato, a porre rimedio a tale irregolarità entro un termine di sette giorni, pena l'esclusione dalla gara d'appalto, e, dall'altro, a pagare una sanzione pecuniaria di EUR 35 000.

17 Il 21 marzo 2016 la MA.T.I. SUD ha trasmesso la dichiarazione di impegno richiesta, firmata dai rappresentanti legali delle due società costituenti il raggruppamento. Essa ha altresì chiesto l'annullamento della sanzione pecuniaria irrogata, ritenendo che non sussistesse alcuna «mancanza, incompletezza e/o irregolarità essenziale della dichiarazione in esame». Essa ha fatto valere, a tale riguardo, che il disciplinare di gara in questione richiedeva una dichiarazione di impegno per ciascun lotto soltanto per il caso in cui il raggruppamento intendesse parteciparvi «in forma diversa». Orbene, nella fattispecie il raggruppamento avrebbe dichiarato di voler partecipare ai lotti 1 e 2 nella medesima forma, con la MA.T.I. SUD come capogruppo, presentando una dichiarazione di impegno riguardante il lotto 1 completa di tutti i suoi elementi.

18 Il 30 marzo 2016 l'amministrazione aggiudicatrice ha diffidato la MA.T.I. SUD, intimandole di pagare la sanzione pecuniaria inflitta e avvisandola che in caso contrario avrebbe proceduto ad escutere la cauzione provvisoria.

19 Il 7 aprile 2016 la MA.T.I. SUD ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia) la sospensione e l'annullamento di tale sanzione pecuniaria affermando, in particolare, di non aver commesso alcuna irregolarità essenziale nella presentazione dei documenti preparatori alla partecipazione alla gara d'appalto.

20 Il giudice del rinvio spiega che il meccanismo del soccorso istruttorio a pagamento, di cui all'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, fa sorgere dubbi in ordine alla sua compatibilità con il diritto dell'Unione, in particolare con l'articolo 51 della direttiva 2004/18, che prevede la possibilità di integrare o chiarire i certificati e i documenti che accompagnano le offerte presentate nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ma senza prevedere

alcuna sanzione, e con i principi di proporzionalità, tassatività delle cause di esclusione, trasparenza delle procedure, massima partecipazione e massima concorrenza.

21 Esso sottolinea che seppure, in generale, il meccanismo del soccorso istruttorio appare conforme all'articolo 51 della direttiva 2004/18, di cui costituisce una declinazione, così non è per la sanzione pecuniaria che lo accompagna. Tale peculiarità, oltre a incoraggiare una sorta di «caccia all'errore» da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, produrrebbe effetti dissuasivi sulla partecipazione degli offerenti alle gare d'appalto, in quanto questi ultimi corrono il rischio di vedersi infliggere rilevanti sanzioni pecuniarie per il solo fatto che la loro offerta presenta irregolarità essenziali, indipendentemente dalla loro intenzione di avvalersi del soccorso istruttorio.

22 In particolare, il giudice del rinvio fa osservare che tale sanzione è predeterminata dall'amministrazione aggiudicatrice con scelta ampiamente discrezionale, seppure nei limiti minimo dell'uno per mille e massimo dell'uno per cento ed entro il limite massimo assoluto di EUR 50 000, che essa non può essere graduata in funzione della gravità dell'irregolarità commessa e che va applicata in modo automatico ad ogni fattispecie di irregolarità essenziale accertata.

23 Tale giudice sottolinea inoltre che l'introduzione del soccorso istruttorio a pagamento di cui all'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici ha lo scopo, da un lato, di garantire la serietà delle domande di partecipazione e delle offerte presentate, e quindi di responsabilizzare gli offerenti nella predisposizione dei documenti relativi alla gara d'appalto, e, dall'altro, di indennizzare l'amministrazione aggiudicatrice per l'aggravio delle attività di verifica ad essa incombenti.

24 Esso ritiene tuttavia che, date le caratteristiche della sanzione prevista, tale meccanismo non sia compatibile con il principio di proporzionalità, in quanto la sua attuazione può condurre al pagamento all'amministrazione aggiudicatrice di un indennizzo manifestamente sproporzionato rispetto all'aggravio procedimentale che quest'ultima deve eventualmente affrontare. Una misura sanzionatoria di notevole entità economica sarebbe ancor più sproporzionata stante la brevità del termine entro cui la documentazione integrativa deve essere prodotta (dieci giorni), il che non comporta quindi un prolungamento eccessivo della procedura di gara d'appalto. Inoltre, tale meccanismo non sarebbe compatibile neppure con il principio di parità di trattamento, posto che una sanzione dello stesso importo può essere inflitta tanto all'offerente che abbia commesso un'irregolarità bensì essenziale, ma di portata limitata, quanto all'offerente che abbia commesso gravi inadempienze alle prescrizioni del bando di gara. Tale meccanismo sarebbe altresì lesivo del principio della massima concorrenza, per i suoi effetti dissuasivi sulla partecipazione delle imprese, in particolare le piccole e medie imprese, alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

25 In simili circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, pur essendo facoltà degli Stati membri imporre il carattere oneroso del soccorso istruttorio con efficacia sanante, sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'art. 38, comma 2-bis, [del codice dei contratti pubblici], nel testo vigente alla data del bando di cui trattasi (...) laddove è previsto il pagamento di una "sanzione pecuniaria", nella misura che deve essere fissata dalla stazione

appaltante (“non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50 000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria”), sotto il profilo dell’importo eccessivamente elevato e del carattere predeterminato della sanzione stessa, non graduabile in rapporto alla situazione concreta da disciplinare, ovvero alla gravità dell’irregolarità sanabile;

2) se, al contrario, il medesimo art. 38, comma 2-bis, del [codice dei contratti pubblici] sia contrastante con il diritto comunitario, in quanto la stessa onerosità del soccorso istruttorio può ritenersi in contrasto con i principi di massima apertura del mercato alla concorrenza, cui corrisponde il predetto istituto, con conseguente riconducibilità dell’attività, al riguardo imposta alla [c]ommissione aggiudicatrice, ai doveri imposti alla medesima dalla legge, nell’interesse pubblico al perseguimento della finalità sopra indicata».

Causa C-536/16

26 Con un avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea nel mese di ottobre 2014 la CNPR ha indetto una procedura aperta finalizzata alla sottoscrizione di un accordo quadro da assegnare a cinque distinti soggetti imprenditoriali, a cui affidare la gestione del proprio patrimonio mobiliare, di un valore stimato pari a EUR 20 650 000,00, al netto dell’IVA.

27 Il bando relativo a tale procedura disponeva, in attuazione dell’articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, che, in caso di dichiarazione mancante, incompleta e in ogni altro caso di irregolarità essenziale, l’offerente sarebbe stato obbligato al pagamento di una sanzione pecuniaria pari a EUR 50 000, disponendo di un termine di dieci giorni per l’integrazione e/o la regolarizzazione della documentazione mancante.

28 Il disciplinare di gara relativo all’appalto in questione precisava che gli offerenti dovevano presentare, sotto pena di esclusione, una dichiarazione sull’onore attestante che le condizioni di cui all’articolo 38 del codice dei contratti pubblici erano soddisfatte.

29 Nella sua prima seduta pubblica, la commissione aggiudicatrice ha aperto i plichi contenenti le buste amministrative e ha constatato che la Duemme aveva ommesso di allegare le suddette dichiarazioni sull’onore, attestanti che il suo vicepresidente e il suo amministratore delegato non erano stati oggetto di alcuna sentenza definitiva di condanna. Essa ha pertanto invitato la Duemme, in applicazione dell’articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici e dell’articolo 7 del suddetto disciplinare di gara, a produrre le dichiarazioni mancanti e a pagare la sanzione pecuniaria corrispondente, vale a dire EUR 50 000.

30 La Duemme ha integrato la documentazione richiesta entro il termine assegnatole, ma ha rifiutato di pagare interamente tale sanzione pecuniaria, di cui contestava la debenza. La CNPR ha allora intimato alla Duemme il pagamento di tale sanzione pecuniaria, informandola che, in caso di rifiuto, avrebbe proceduto all’escussione della cauzione provvisoria.

31 Il 9 gennaio 2015 la Duemmeha investito il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio di una domanda di annullamento della suddetta sanzione pecuniaria, eccependo, in particolare, l'incompatibilità dell'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici con l'articolo 51 della direttiva 2004/18. In parallelo, l'impresa offerente ha versato all'amministrazione aggiudicatrice EUR 8 500 a titolo di pagamento della sanzione ridotta, importo che l'amministrazione aggiudicatrice ha accettato a titolo di acconto.

32 In simili circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali identiche a quelle sollevate nella causa C-523/16.

33 Con ordinanza del 15 novembre 2016 il presidente della Corte ha disposto la riunione delle cause C-523/16 e C-536/16 ai fini del procedimento scritto e orale nonché della sentenza.

Osservazioni preliminari

34 In via preliminare occorre constatare che, sebbene sia nella causa C-523/16 sia nella causa C-536/16 le questioni sollevate dal giudice del rinvio vertano in modo assai generale sull'interpretazione del diritto dell'Unione, senza ulteriori precisazioni, quest'ultimo ha tuttavia precisato nelle sue ordinanze di rinvio di nutrire dubbi circa la compatibilità dell'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, da un lato, con l'articolo 51 della direttiva 2004/18 e con i principi di massima concorrenza, di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità e, dall'altro, con l'articolo 59, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

35 Tuttavia, tenuto conto delle date di pubblicazione dei bandi di gara di cui trattasi, vale a dire gennaio 2016 per la causa C-523/16 e ottobre 2014 per la causa C-536/16, la direttiva 2014/24, il cui termine di trasposizione, ai sensi del suo articolo 90, è scaduto il 18 aprile 2016, non è applicabile *ratione temporis* alle controversie principali.

36 Infatti, tali date sono necessariamente successive al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha scelto il tipo di procedura che intendeva seguire e ha risolto definitivamente la questione se sussistesse o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione. Orbene, secondo la giurisprudenza costante della Corte, la direttiva applicabile nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è, in linea di principio, quella vigente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice opera siffatta scelta. Sono invece inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di trasposizione sia scaduto dopo tale data (v., in tal senso, sentenze del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, punti 36, 37, 41 e 42; dell'11 luglio 2013, Commissione/Paesi Bassi, C-576/10, EU:C:2013:510, punti da 52 a 54; del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punti da 31 a 33; del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 83, nonché del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, punti 31 e 32).

37 Occorre inoltre sottolineare che, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto di cui al procedimento principale nella causa C-523/16, è la direttiva 2004/17, e non la direttiva 2004/18, che, come osserva la Commissione, trova verosimilmente applicazione.

38 Orbene, la direttiva 2004/17 non contiene disposizioni equivalenti a quelle dell'articolo 51 della direttiva 2004/18.

39 Tuttavia, occorre ricordare a tale riguardo che, nonostante l'assenza, nella direttiva 2004/17, di qualsiasi disposizione esplicita in tal senso, la Corte ha ammesso che l'amministrazione aggiudicatrice possa invitare un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a patto di rispettare determinati requisiti e, in particolare, che un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punti da 29 a 39 e giurisprudenza ivi citata).

40 Risulta peraltro dalle osservazioni presentate alla Corte che l'articolo 230 del codice dei contratti pubblici prevede che l'articolo 38, comma 2 bis, del medesimo si applichi ai settori speciali di cui alla direttiva 2004/17.

41 Infine, sebbene, come è stato ricordato al punto 34 della presente sentenza, il giudice del rinvio abbia, dal punto di vista formale, limitato le sue domande di pronuncia pregiudiziale all'interpretazione dell'articolo 51 della direttiva 2004/18, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per la soluzione delle controversie di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione delle suddette questioni (v., in tal senso, sentenze del 12 dicembre 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, punto 8, nonché del 24 gennaio 2008, Lianakis e a., C-532/06, EU:C:2008:40, punto 23).

42 In simili circostanze, fermo restando che spetta al giudice del rinvio determinare quale sia la direttiva applicabile nella causa C-523/16, le questioni sottoposte alla Corte nelle due domande di pronuncia pregiudiziale di cui è investita devono essere intese nel senso che riguardano non soltanto l'articolo 51 della direttiva 2004/18, ma anche, più in generale, i principi di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare i principi di parità di trattamento e di trasparenza cui fanno riferimento tanto l'articolo 10 della direttiva 2004/17 quanto l'articolo 2 della direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità.

Sulle questioni pregiudiziali

43 Con le sue due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il diritto dell'Unione, segnatamente l'articolo 51 della direttiva 2004/18, i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali figurano i principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17 e all'articolo 2 della direttiva 2004/18,

nonché il principio di proporzionalità, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio a norma del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali ai sensi di detta normativa a regolarizzare la propria offerta, previo pagamento una sanzione pecuniaria il cui elevato importo, predeterminato dall'amministrazione aggiudicatrice e garantito dalla cauzione provvisoria, non può essere graduato a seconda della gravità dell'irregolarità cui si pone rimedio.

44 In primo luogo, si deve ricordare che l'articolo 51 della direttiva 2004/18 prevede che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 di tale direttiva.

45 Tale disposizione si limita quindi a prevedere la semplice possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di invitare coloro che presentano un'offerta nell'ambito di una procedura di gara d'appalto a integrare o a chiarire la documentazione da fornire in sede di valutazione delle condizioni di ricevibilità della loro offerta, che dimostri la loro capacità economica e finanziaria e le loro conoscenze o capacità professionali e tecniche. Né tale disposizione né alcun'altra disposizione della direttiva 2004/18 contengono precisazioni sulle modalità in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire o sulle condizioni alle quali essa può eventualmente essere soggetta.

46 Ne consegue che, nell'ambito delle misure di trasposizione della direttiva 2004/18 che gli Stati membri devono adottare, questi ultimi sono liberi, in linea di principio, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, non solo di prevedere una siffatta possibilità di regolarizzazione delle offerte nel loro diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, *MT Højgaard e Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 35), ma anche di regolamentarla.

47 Gli Stati membri possono quindi, a tale titolo, decidere di subordinare tale possibilità di regolarizzazione al pagamento di una sanzione pecuniaria, come prevede nella fattispecie l'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici.

48 Tuttavia, quando si avvalgono della facoltà prevista all'articolo 51 della direttiva 2004/18, gli Stati membri devono fare in modo di non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e di non pregiudicare né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, *Falk Pharma*, C-410/14, EU:C:2016:399, punto 34).

49 Occorre anche ricordare che l'articolo 51 della direttiva 2004/18 non può essere interpretato nel senso di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente (sentenze del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 46, e del 10 novembre 2016, *Ciclat*, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30).

50 In secondo luogo, sebbene la direttiva 2004/17 non contenga disposizioni equivalenti all'articolo 51 della direttiva 2004/18, la Corte ha statuito che nessuna di queste due direttive ostava a che i dati relativi a un'offerta potessero essere corretti o completati su singoli punti, in particolare ove necessitassero evidentemente di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo tuttavia il rispetto di una serie di requisiti (sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 29, e giurisprudenza ivi citata).

51 La Corte ha così in particolare affermato che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati (v., in tal senso, sentenze del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 40, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 33).

52 Una siffatta richiesta non può infatti condurre alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40, nonché dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 31).

53 In terzo luogo, si deve ricordare che, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e cui l'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri deve conformarsi, come risulta sia dal considerando 9 della direttiva 2004/17 sia dal considerando 2 della direttiva 2004/18, le misure adottate dagli Stati membri non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo (v., in tal senso, sentenze del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punti 48 e 61; del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punti 21 e 23; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 33, nonché del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 29).

54 È alla luce delle suesposte considerazioni che spetta al giudice del rinvio, il solo competente ad accertare e valutare i fatti delle controversie principali, esaminare se, tenuto conto delle circostanze, le regolarizzazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici riguardassero la comunicazione di documenti la cui mancanza doveva comportare l'esclusione degli offerenti o se, al contrario, costituissero con tutta evidenza semplici richieste di chiarimenti in merito a offerte che dovevano essere corrette o completate su singoli punti o essere oggetto di una correzione di errori materiali manifesti.

55 Ciò premesso, si deve constatare che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 60 e 61 delle sue conclusioni, la nozione stessa di irregolarità essenziale, che non è definita nell'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, non appare compatibile né con le disposizioni dell'articolo 51 della direttiva 2004/18 né con i requisiti ai quali è subordinato, ai sensi della giurisprudenza della Corte richiamata ai punti da 49 a 52 della presente sentenza, il chiarimento di un'offerta nell'ambito di un appalto pubblico soggetto alla direttiva 2004/17.

56 Ne consegue che il meccanismo del soccorso istruttorio previsto all'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici non può trovare applicazione nell'ipotesi in cui l'offerta presentata non possa essere regolarizzata o chiarita, ai sensi della giurisprudenza richiamata ai punti da 49 a 52 della presente sentenza, e che pertanto nessuna sanzione può essere inflitta all'offerente in un caso del genere.

57 In simili circostanze, è soltanto nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio dovesse pervenire alla conclusione che le domande di regolarizzazione o di chiarimento formulate dalle amministrazioni aggiudicatrici soddisfacevano i requisiti richiamati ai punti da 49 a 52 della presente sentenza che egli sarà tenuto ad esaminare se le sanzioni pecuniarie inflitte nei due procedimenti principali, in applicazione dell'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, rispettino il principio di proporzionalità.

58 Tuttavia la Corte, chiamata a fornire al giudice del rinvio risposte utili alle questioni pregiudiziali da esso poste, è competente a dare a quest'ultimo indicazioni, tratte dal fascicolo del procedimento principale nonché dalle osservazioni scritte e orali presentate dinanzi ad essa, idonee a consentirgli di decidere (v., in tal senso, sentenze del 30 marzo 1993, *Thomas e a.*, C-328/91, EU:C:1993:117, punto 13; del 14 marzo 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 36, nonché del 21 settembre 2017, *SMS group*, C-441/16, EU:C:2017:712, punto 48).

59 Nel caso di specie, si deve constatare che, ai sensi dell'articolo 38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, spetta all'amministrazione aggiudicatrice fissare, entro i limiti minimo e massimo stabiliti in tale disposizione, l'importo della sanzione pecuniaria che può essere inflitta all'offerente invitato a regolarizzare la propria offerta.

60 Il giudice del rinvio richiama l'attenzione della Corte sul fatto che la sanzione pecuniaria è prestabilita dall'amministrazione aggiudicatrice e che il suo importo, elevato, non può essere graduato in funzione della gravità dell'irregolarità cui si pone rimedio. Esso precisa inoltre che l'istituzione di una siffatta sanzione è giustificata dalla necessità, da un lato, di responsabilizzare gli offerenti, indotti così a predisporre con cura e diligenza le loro offerte, e, dall'altro, di indennizzare l'amministrazione aggiudicatrice per l'aggravio che ogni regolarizzazione rappresenta.

61 A tale riguardo, occorre rilevare, in primo luogo, che è vero che la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dell'importo della sanzione nel bando di gara risponde, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto oggettivamente consente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da parte della suddetta amministrazione aggiudicatrice.

62 Cionondimeno, l'applicazione automatica della sanzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni operate dall'offerente negligente e quindi anche in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità.

63 Si deve rilevare, in secondo luogo, che l'applicazione di una sanzione pecuniaria costituisce certamente un mezzo appropriato per conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti dallo Stato membro, consistenti, da un lato, nel responsabilizzare gli offerenti in sede di predisposizione delle loro offerte e, dall'altro, nel compensare l'onere finanziario che qualsiasi regolarizzazione può rappresentare per l'amministrazione aggiudicatrice.

64 Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 74 delle sue conclusioni, importi di sanzioni come quelli stabiliti nei bandi di gara da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nei due procedimenti principali appaiono di per sé manifestamente esorbitanti, tenuto conto dei limiti entro i quali devono mantenersi sia la regolarizzazione di un'offerta a titolo dell'articolo 51 della direttiva 2004/18 sia il chiarimento di un'offerta nell'ambito della direttiva 2004/17. È quanto avviene, in particolare, nel caso di una sanzione, come quella inflitta dall'amministrazione aggiudicatrice nella causa C-523/16, che appare manifestamente eccessiva rispetto ai fatti censurati, vale a dire l'omessa firma di una dichiarazione di impegno recante la designazione della società capogruppo del raggruppamento offerente.

65 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando quanto segue:

– il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 51 della direttiva 2004/18, i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali figurano i principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17 e all'articolo 2 della direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali ai sensi di detta normativa a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare.

– Per contro, queste stesse disposizioni e questi stessi principi devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può imporre all'offerente, dietro pagamento da parte di quest'ultimo di una sanzione pecuniaria, di porre rimedio alla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, deve portare alla sua esclusione, o di eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo tale che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta.

Sulle spese

66 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 (Ottava Sezione) dichiara:

Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 51 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, i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali figurano i principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui all'articolo 10 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, e all'articolo 2 della direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare.

Per contro, queste stesse disposizioni e questi stessi principi devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può imporre a un offerente, dietro pagamento da parte di quest'ultimo di una sanzione pecuniaria, di porre rimedio alla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, deve portare alla sua esclusione, o di eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo tale che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta.

Malenovský

Šváby

Vilaras

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 28 febbraio 2018.

Il cancelliere

Il presidente dell'Ottava Sezione

A. Calot Escobar

J. Malenovský