

ORDINANZA DELLA CORTE (Nona Sezione)

4 giugno 2019 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 99 del regolamento di procedura della Corte – Procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) – Motivi di esclusione – Errore professionale grave – Violazione delle norme in materia di concorrenza»

Nella causa C-425/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia), con ordinanza del 7 febbraio 2018, pervenuta in cancelleria il 28 giugno 2018, nel procedimento

Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)

contro

Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA

nei confronti di:

Consorzio Stabile Gestione Integrata Servizi Aziendali GISA,

La Lucente SpA,

Dusmann Service Srl,

So.Co.Fat. SC,

LA CORTE (Nona Sezione),

composta da K. Jürimäe, presidente di sezione, D. Šváby (relatore) e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: P. Pikamäe

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), da F. Cintioli, G. Notarnicola, E. Perrettini e A. Police, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondrušek e L. Haasbeek, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di statuire con ordinanza motivata, conformemente all'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte,

ha emesso la seguente

Ordinanza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 53, paragrafo 3, e dell'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), nonché dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) e, dall'altro, il Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA (in prosieguo: «GTT»), diretta, segnatamente, all'annullamento della decisione di quest'ultimo che disponeva la decadenza del primo dall'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 2004/17

- 3 L'articolo 53, paragrafo 3, della direttiva 2004/17, intitolato «Sistemi di qualificazione», e l'articolo 54, paragrafo 4, di tale direttiva, relativo ai «[c]riteri di selezione qualitativa», prevedono che i criteri e le norme di qualificazione, da un lato, e i criteri di selezione qualitativa, dall'altro, «possono includere i criteri di esclusione di cui all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE alle condizioni stabilite in detto articolo».

Direttiva 2004/18

- 4 L'articolo 45 della direttiva 2004/18, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», è contenuto in una sezione dedicata ai «[c]riteri di selezione qualitativa» e così dispone:

«(...)

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

(...)

- d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice.

(...)

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto [dell'Unione], le condizioni di applicazione del presente paragrafo.

(...)».

Diritto italiano

- 5 Il decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 – 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; in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), aveva trasposto, nel diritto italiano, le direttive 2004/17 e 2004/18.
- 6 L'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, intitolato «Requisiti di ordine generale», elencava, al comma 1, le cause di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a un appalto pubblico:

«1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

(...)

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

(...))».

7 L'articolo 230, comma 1, di tale codice così disponeva:

«Gli enti aggiudicatori applicano l'articolo 38 per l'accertamento dei requisiti di carattere generale dei candidati o degli offerenti».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

8 GTT è una società che gestisce servizi di ferrovia urbana, tram, filobus e bus.

9 Con un bando spedito per la pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 30 luglio 2015 e una lettera d'invito del 27 novembre 2015, GTT ha indetto, ai sensi della direttiva 2004/17, una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia veicoli, locali ed aree, del servizio movimentazione e rifornimento veicoli e di servizi accessori presso i siti dell'amministrazione aggiudicatrice.

10 GTT ha indicato che il valore complessivo di tale appalto, che comprendeva 6 lotti, era pari a EUR 29 434 319,39, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), e l'importo di ciascun lotto era compreso tra EUR 4 249 999,10 e EUR 6 278 734,70.

11 Dopo aver aggiudicato tre di tali lotti a CNS, GTT, con decisione del 14 luglio 2017 (in prosieguo: la «decisione controversa»), ne ha disposto la decadenza dall'aggiudicazione. A tal fine, esso si è fondato su una decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana (in prosieguo: l'«AGCM»), del 22 dicembre 2015 (in prosieguo: la «decisione dell'AGCM»), che irrogava a CNS una multa di EUR 56 190 090 per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza di tipo orizzontale, allo scopo di condizionare gli esiti di una gara indetta da un'altra amministrazione.

12 Nella decisione controversa, si è altresì rilevato che la decisione dell'AGCM era già stata confermata in sede giurisdizionale con sentenza passata in giudicato. La decisione controversa si basa, inoltre, su due sentenze del 29 marzo e del 3 aprile 2017, con cui il giudice del rinvio avrebbe giudicato che un'intesa restrittiva della concorrenza, effettuata dall'operatore di cui trattasi in un'altra procedura di gara e accertata nell'ambito di un procedimento amministrativo, costituisce un errore professionale grave, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18. Si contesta altresì a CNS, da un lato, di non aver indicato, nel fascicolo di partecipazione alla gara di cui trattasi, di essere soggetto a un procedimento sanzionatorio pendente dinanzi all'AGCM e, dall'altro, di aver adottato le misure di regolarizzazione solo durante la gara, di modo che la causa di esclusione non era venuta meno all'inizio della gara.

13 GTT, di conseguenza, ha ritenuto che il comportamento sanzionato dall'AGCM fosse idoneo a far venir meno il rapporto fiduciario con l'amministrazione aggiudicatrice.

14 Con ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2017, il giudice del rinvio ha respinto la domanda di misure provvisorie presentata da CNS.

- 15 Sia tale ordinanza cautelare sia le sentenze adottate da tale organo giurisdizionale il 29 marzo e il 3 aprile 2017 sono state riformate dal Consiglio di Stato (Italia), rispettivamente con ordinanza del 20 novembre 2017 nonché con due decisioni del 4 dicembre 2017 e del 5 febbraio 2018. Secondo le spiegazioni fornite dal giudice del rinvio, da tali decisioni emerge che i comportamenti costitutivi di un illecito anticoncorrenziale non sono idonei a essere qualificati quali «errori professionali gravi», ai fini dell'applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici e che potrebbero ricevere tale qualifica «solo inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico». Dovrebbero quindi essere esclusi «i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento». Tale interpretazione si fonderebbe sulle esigenze di certezza del diritto degli operatori economici. Secondo il Consiglio di Stato tale interpretazione sarebbe compatibile con la sentenza del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13, EU:C:2014:2469), da cui risulterebbe semplicemente che una norma nazionale che qualifica espressamente come «errore professionale grave» un'infrazione in materia di concorrenza non viola il diritto dell'Unione, e non che il diritto dell'Unione imponga d'includere tali infrazioni nella nozione di «errore professionale grave». Ne conseguirebbe che, nel diritto italiano, la commissione di siffatti illeciti è totalmente priva di rilevanza nei procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici disciplinati dal codice dei contratti pubblici.
- 16 CNS si avvale di tali tre decisioni del Consiglio di Stato a sostegno del proprio ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa.
- 17 Facendo riferimento alla sentenza del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact* (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 33), il giudice del rinvio rileva, tuttavia, che poiché la Repubblica italiana si è avvalsa della facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17, d'includere, nei criteri di selezione qualitativa degli operatori nei settori speciali, i criteri di esclusione elencati all'articolo 45 della direttiva 2004/18, la giurisprudenza della Corte relativa a tale disposizione è rilevante nell'ambito del procedimento principale, sebbene quest'ultima abbia ad oggetto una procedura ristretta rientrante nella direttiva 2004/17.
- 18 Orbene, nelle sentenze del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact* (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 27), e del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 35), la Corte avrebbe già precisato che la nozione di «errore nell'esercizio dell'attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi, e che la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18.
- 19 Il giudice del rinvio deduce, in sostanza, dal confronto delle sentenze del 9 febbraio 2006, *La Cascina e a.* (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 23), e del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact* (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 25), che gli Stati membri dispongono di un potere discrezionale ridotto nei confronti delle cause facoltative di esclusione che non rinviando alle normative e alle regolamentazioni nazionali per precisare le proprie condizioni di applicazione.
- 20 Ritenendo tuttavia che la giurisprudenza della Corte relativa alle cause di esclusione cosiddette «facoltative», formatasi nel vigore delle direttive 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), e 2004/18 non risulti di univoca interpretazione, il giudice del rinvio chiede alla Corte chiarimenti a tal riguardo.
- 21 In tale contesto, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il combinato disposto da una parte degli articoli 53 paragrafo 3 e 54 paragrafo 4 della Direttiva [2004/17], e d'altra parte dell'art. 45 paragrafo 2 [primo comma] lett. d) della Direttiva [2004/18] osti ad una previsione, come l'art. 38 comma 1 lett. f) del [codice dei contratti pubblici], come interpretato

dalla giurisprudenza nazionale, che esclude dalla sfera di operatività del c.d. “errore grave” commesso da un operatore economico “nell’esercizio della propria attività professionale”, i comportamenti integranti violazione delle norme sulla concorrenza accertati e sanzionati dalla Autorità nazionale antitrust con provvedimento confermato in sede giurisdizionale, in tal modo precludendo a priori alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente siffatte violazioni ai fini della eventuale, ma non obbligatoria, esclusione di tale operatore economico da una gara indetta per l’affidamento di un appalto pubblico».

Sulla questione pregiudiziale

- 22 Ai sensi dell’articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando la risposta ad una questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione non dà adito ad alcun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l’avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.
- 23 Tale disposizione deve essere applicata nell’ambito della presente causa.
- 24 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, quale l’articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici, che è interpretata nel senso di escludere dall’ambito di applicazione dell’«errore grave» commesso da un operatore economico «nell’esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall’autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.
- 25 Come emerge da una giurisprudenza costante, l’articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede un’uniformità di applicazione, a livello nazionale, delle cause di esclusione in esso indicate, in quanto gli Stati membri hanno facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (sentenze del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 36, e del 14 dicembre 2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, punto 29).
- 26 Tuttavia, occorre constatare che l’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, a differenza delle disposizioni sulle cause di esclusione previste al medesimo comma, lettere a), b), e) ed f), non rinvia alle normative e alle regolamentazioni nazionali, ma che il secondo comma del medesimo paragrafo 2 enuncia che gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell’Unione, le condizioni della sua applicazione (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 25).
- 27 Emerge così dalla giurisprudenza che, come osservato peraltro dal giudice del rinvio, quando una causa facoltativa di esclusione prevista dall’articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, come quella contenuta al primo comma, lettera d), di quest’ultimo, non rinvia al diritto nazionale, il potere discrezionale degli Stati membri è regolato più rigorosamente. In un caso siffatto, spetta alla Corte definire la portata di una tale causa facoltativa di esclusione (v., in tal senso, sentenze del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punti da 25 a 31, nonché del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 35).
- 28 Ne consegue che le nozioni di «errore grave» commesso «nell’esercizio della propria attività professionale», previste dal citato articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), possono essere

precisate ed esplicitate dal diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell'Unione (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 26).

- 29 A tal riguardo, occorre rilevare che la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 27), la sua integrità o affidabilità.
- 30 Di conseguenza, la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale», che è oggetto di un'interpretazione ampia, non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico.
- 31 Inoltre, la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico in questione che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 30).
- 32 Infine, l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad accertare un errore grave commesso nell'esercizio della propria attività professionale con qualsiasi mezzo di prova. Poiché l'accertamento di un tale errore non richiede una sentenza passata in giudicato (sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 28), la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che stabilisca che un operatore ha violato le norme in materia di concorrenza, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave commesso da tale operatore.
- 33 Di conseguenza, la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 (sentenza del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 35).
- 34 Occorre tuttavia precisare che una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che accerta una violazione delle norme in materia di concorrenza, non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31).
- 35 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Sulle spese

- 36 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 (Nona Sezione) dichiara:

L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» commesso da un operatore economico «nell'esercizio della propria attività professionale» i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Lussemburgo, 4 giugno 2019

Il cancelliere

La presidente della Nona
Sezione

A. Calot Escobar

K. Jürimäe

* Lingua processuale: l'italiano.