

Causa C-387/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

17 maggio 2019

Giudice del rinvio:

Raad van State (Belgio)

Data della decisione di rinvio:

7 maggio 2019

Ricorrenti:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Resistente:

Vlaams Gewest

Oggetto del procedimento principale

Ricorso di annullamento della decisione del 29 novembre 2016 della sezione Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen (Strade e traffico delle Fiandre orientali) dell'agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (Agenzia Strade e traffico della regione delle Fiandre) con cui un appalto pubblico per la concessione di lavori stradali è stato aggiudicato a un concorrente delle ricorrenti.

Oggetto e fondamento giuridico della domanda di pronuncia pregiudiziale

Base giuridica: articolo 267 TFUE

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sulla questione se un offerente che è stato escluso dall'amministrazione aggiudicatrice a causa di un «grave illecito» professionale debba denunciare di propria iniziativa possibili gravi illeciti professionali e misure di self cleaning da esso adottate a tale riguardo, oppure se l'amministrazione aggiudicatrice debba prevedere una procedura in

contraddittorio, dopo aver stabilito che a suo avviso si configura un grave illecito che può determinare l'esclusione e prima di poter effettivamente procedere all'esclusione in parola.

Questioni pregiudiziali

- 1) Se il disposto dell'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), in combinato disposto con i paragrafi 6 e 7 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, debba essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione ai sensi della quale l'operatore economico viene obbligato a fornire di propria iniziativa la prova delle misure da esso adottate per dimostrare la propria affidabilità.
- 2) In caso di risposta affermativa, se l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), in combinato disposto con i paragrafi 6 e 7 [della direttiva 2014/24], nella detta interpretazione, abbia effetto diretto.

Disposizioni di diritto dell'Unione invocate

- Articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), e paragrafi 6 e 7; articolo 69, paragrafo 1; articolo 90 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65)
- Principio generale del contraddittorio
- Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione, del 5 gennaio 2016, che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo (GU 2016, L 3, pag. 16).

Disposizioni di diritto nazionale invocate

- Articoli 23 e 24 del wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (legge del 15 giugno 2006 sugli appalti pubblici e taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi)
- Articoli 2 e 3 del wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (legge del 29 luglio 1991 sulla motivazione esplicita degli atti amministrativi)
- Articolo 70 del wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (legge del 17 giugno 2016 sugli appalti pubblici)

- Articolo 61, § 1 e § 2, del koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (regio decreto del 15 luglio 2011 sugli appalti pubblici nei settori classici)
- Articolo 20 delle condizioni generali di appalto per appalti di lavori, di forniture e di servizi e per le concessioni di opere pubbliche, allegato al regio decreto del 26 settembre 1996
- Principi generali di buona amministrazione: principi di parità di trattamento, di concorrenza, di diligenza e di trasparenza e principio della motivazione sostanziale

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 L’Agenzia delle Strade e del Traffico della Regione delle Fiandre indice un concorso per l’appalto di lavori stradali. L’appalto viene aggiudicato mediante gara pubblica. Nel bando di gara è chiaramente indicato che l’amministrazione aggiudicatrice può escludere un offerente quando questo commette un grave illecito professionale.
- 2 Nella decisione di aggiudicazione l’offerta delle ricorrenti, che insieme formano un’associazione temporanea di imprese, viene esclusa dalla partecipazione all’appalto a causa di gravi illeciti professionali. La motivazione nel verbale di aggiudicazione, che viene confermata nella decisione di aggiudicazione, illustra i fatti che sono considerati gravi illeciti professionali per ciascuna delle ricorrenti. Si tratta, tra l’altro, di violazioni delle norme in materia di sicurezza e di salute sul cantiere, di segnalazione stradale carente e di difetti (tecnici) nell’esecuzione di lavori precedenti.
- 3 Le ricorrenti presentano ricorso di annullamento della suddetta decisione di aggiudicazione dinanzi al giudice del rinvio.
- 4 Questi dichiara che la soluzione della controversia richiede un’interpretazione del diritto dell’Unione, segnatamente dell’articolo 57 della direttiva 2014/24.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 5 Le ricorrenti fanno valere una violazione degli articoli 23 e 24 della citata legge del 15 giugno 2006, dell’articolo 57, paragrafi 4, 6 e 7 della direttiva 2014/24, del principio *audi et alteram partem*, sancito dalla direttiva, degli articoli 2 e 3 della legge del 29 luglio 1991 («legge sulla motivazione formale») e di diversi principi generali di buona amministrazione.
- 6 Esse ritengono che debba essere loro data l’opportunità, prima di essere escluse per asseriti gravi illeciti professionali, di avanzare una difesa in cui possano dimostrare di avere posto rimedio ai problemi. Le citate disposizioni della

direttiva prevedono una procedura in contraddittorio, in cui l'offerente può dimostrare che gli illeciti passati sono stati regolarizzati o corretti, e dispongono inoltre che fatti come quelli di cui trattasi possono essere utilizzati al massimo per tre anni per respingere un offerente, anche se questi non prova di avere nel frattempo risolto i problemi.

- 7 Al riguardo le ricorrenti invocano l'efficacia diretta delle citate disposizioni della direttiva.

Esse possono opporre alla resistente, quale governo regionale, la direttiva in parola, che non è stata tempestivamente trasposta nel diritto belga, in considerazione dell'ampia interpretazione data dalla Corte di giustizia alla nozione «stato».

Esse sostengono che dette disposizioni sono incondizionate, chiare e precise. L'indicazione che uno Stato membro «deve adottare le misure pertinenti» e la semplice menzione nel preambolo che le esatte condizioni sostanziali e procedurali devono essere elaborate dallo Stato membro – condizioni che a giudizio delle ricorrenti riguardano unicamente la procedura – non significano di per sé che sia condizionata l'introduzione del diritto di tutti gli operatori economici di fornire la prova del loro *self clearance* (autoemendamento).

Le ricorrenti rinviano tra l'altro alla struttura della direttiva, che a loro avviso deve essere letta nel senso che a tutti gli operatori economici deve essere consentito di provare di avere adottato provvedimenti qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che la loro integrità sia inficiata da un illecito. Infatti, l'offerente è in grado di sapere cosa l'amministrazione consideri un grave illecito solo se ciò gli viene comunicato. Pertanto la «ratio legis del contraddittorio implica (...) che colui che può presentare opposizione sappia a cosa può opporsi». Non è pertanto corretto che un candidato o offerente debba provare «di propria iniziativa» di avere adottato misure correttive. Secondo le ricorrenti l'obbligo in parola, che viene imposto da diritto futuro, non è applicabile all'appalto di cui trattasi ed è inoltre contrario alla sostanza e all'obiettivo dell'articolo 57 della direttiva, che prevede una procedura di verifica in contraddittorio, come nel caso di prezzi anomali.

Inoltre si configura anche violazione del principio giuridico *audi et alteram partem*, fatto esplicitamente proprio dalla direttiva. La resistente è poi stata negligente e ha agito in violazione del principio di trasparenza, del principio della concorrenza leale e del principio della parità di trattamento, posto che le ricorrenti sono state trattate in modo diverso a confronto dei loro «colleghi europei».

- 8 La resistente contesta anzitutto che l'articolo 57 della direttiva 2014/24 abbia efficacia diretta, non riconoscendo al paragrafo 6 di detto articolo il carattere incondizionato, chiaro e preciso. Secondo la resistente, quantomeno con riguardo alla misure correttive questa condizione non è soddisfatta, posto che l'articolo 57, paragrafo 7, dispone che «in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano

le condizioni di applicazione del presente articolo». In questo contesto essa rinvia anche al considerando 102 di tale direttiva. Anche la concisione con cui la direttiva «elabora» il sistema di misure correttive implica che, nel recepimento della direttiva, sotto questo profilo gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale. Ad esempio la direttiva non stabilisce quando il candidato o l'offerente debba comunicare di avere adottato misure correttive, o in che modo ciò debba avvenire. La circostanza che gli Stati membri dispongano di ampi poteri per elaborare autonomamente una normativa in materia di misure correttive emerge anche dal fatto che la direttiva lascia gli Stati membri liberi di stabilire quale organo – l'amministrazione aggiudicatrice o un altro organo – sia competente per valutare le misure correttive. Anche la circostanza che il legislatore belga nel diritto ancora futuro all'epoca dell'aggiudicazione (articolo 70 della legge del 17 giugno 2016, che traspone l'articolo 57 della direttiva 2014/24) abbia aggiunto o chiarito aspetti fondamentali riguardo alla normativa in materia di misure correttive fornisce un'indicazione in questo senso.

- 9 In subordine la resistente fa valere che la decisione impugnata non viola il regime stabilito dalla direttiva in materia di *self cleaning*. Posto che la direttiva descrive solo in termini molto generali come debba essere integrata la normativa in materia di misure correttive, per un'amministrazione aggiudicatrice è difficile stabilire sulla base dell'articolo 57, paragrafo 6, come applicare il *self cleaning*. Secondo la resistente, in siffatte circostanze è dunque logico ricollegarsi alla legge del 17 giugno 2016, che impone l'obbligo di fornire di propria iniziativa la prova delle misure concretamente adottate, anche quando detta legge non è ancora entrata in vigore. Secondo la resistente, nulla impediva alle ricorrenti, alla presentazione della loro offerta, di comunicare le misure correttive di cui trattasi.

Secondo la resistente, siffatta integrazione della normativa in materia di misure correttive non è contrario all'articolo 57 della direttiva. Infatti l'offerente è nella posizione migliore per valutare se esso sia compreso in uno dei motivi facoltativi di esclusione e debba quindi adottare misure correttive. Nel caso di specie, la gravità degli illeciti commessi in appalti di lavori precedenti era evidente, tanto più che anche detti appalti erano stati indetti dalla resistente.

Quanto al raffronto con la procedura di verifica in contraddittorio in caso di prezzi anomali, la resistente replica ancora che dallo stesso articolo 57, paragrafo 6, e dal raffronto del medesimo con l'articolo 69, paragrafo 1, della direttiva si evince che tra le due disposizioni esiste una differenza fondamentale.

Essa rinvia anche al regolamento di esecuzione (UE) 2016/7, dove il modello di formulario allegato offre la possibilità di indicare, con riguardo ad ogni motivo facoltativo di esclusione, compresi i gravi illeciti professionali su cui verte il presente procedimento, se siano state adottate misure di ravvedimento operoso, ed eventualmente di descriverle. Da questo essa desume che anche la Commissione europea ritiene che dalla direttiva 2014/24 discende che spetta al candidato o all'offerente prendere autonomamente l'iniziativa e segnalare eventuali misure correttive all'amministrazione aggiudicatrice.

La resistente contesta inoltre che si possa presumere che la procedura in materia di *self cleaning* cambierebbe a seconda del motivo di esclusione applicabile. Posto che la direttiva persegue una rilevante semplificazione amministrativa delle procedure per gli appalti pubblici, dalla medesima non si può evincere che il legislatore europeo avesse l'intenzione di prevedere procedure diverse in materia di *self cleaning*.

In ulteriore subordine la resistente sostiene che non sono stati violati i principi di buona amministrazione. Infine essa rinvia alla giurisprudenza costante del Raad van State (Consiglio di Stato, Belgio) in materia di diritto di essere ascoltato, per affermare che in linea di principio ad un'amministrazione aggiudicatrice che intende prendere una decisione di esclusione non incombe un dovere di ascolto giacché essa non priva di un vantaggio in precedenza concesso né impone una sanzione, ma si limita a non concedere un vantaggio richiesto.

Breve esposizione della motivazione del rinvio

- 10 Anzitutto il giudice del rinvio constata che il bando dell'appalto è stato pubblicato l'11 e il 13 maggio 2016, ossia dopo la data ultima di trasposizione della direttiva, vale a dire il 18 aprile 2016. A partire da tale data si deve anche utilizzare il modello di formulario di cui al regolamento di esecuzione 2016/7 per l'elaborazione del documento di gara unico europeo. Detto formulario, nella parte «Motivi di esclusione», menziona la possibilità di comunicare se l'operatore economico abbia adottato provvedimenti di ravvedimento operoso ed eventualmente di descrivere detti provvedimenti.

L'articolo 61, § 2, 4°, del regio decreto del 2011, applicabile al procedimento principale, in forza del quale le ricorrenti sono state escluse, disponeva che il candidato o offerente che ha commesso un grave illecito professionale venisse escluso in ogni fase della procedura di aggiudicazione.

Quindi il giudice del rinvio rileva che la legge del 17 giugno 2016 – che prevede una procedura in cui il candidato o offerente, che può essere escluso a causa di gravi illeciti, può provare di propria iniziativa di avere adottato «misure correttive» – non era ancora entrata in vigore alla data della decisione impugnata.

Il giudice del rinvio considera che per definire il ricorso di annullamento occorre rispondere alla questione se l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), in combinato disposto con i paragrafi 6 e 7 della direttiva 2014/24, osti o meno all'applicazione ai sensi della quale un operatore economico che, come nel caso di specie, secondo l'amministrazione aggiudicatrice abbia commesso un grave illecito e non abbia menzionato di propria iniziativa eventuali misure correttive, viene escluso, senza che gli venga data la possibilità – esplicitamente riconosciuta nel quadro di una prevista esclusione ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice – di fornire la prova di eventuali provvedimenti per mostrare comunque la propria affidabilità, o di essere invitato a farlo nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Qualora la risposta a detta questione sia nel senso che la direttiva consente detta applicazione, non occorre esaminare ulteriormente la questione se le disposizioni rilevanti della direttiva abbiano effetto diretto.

Tuttavia il giudice del rinvio non rinviene una risposta chiara a detta questione nel tenore letterale delle disposizioni di cui trattasi o nella giurisprudenza della Corte.

Infatti la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, segnatamente la sentenza del 24 ottobre 2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (punti da 20 a 23 e dispositivo) sulla normativa in materia di *self cleaning* non verte sulla questione di cui trattasi, segnatamente se l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva possa essere interpretato nel senso che un operatore economico deve far valere di propria iniziativa provvedimenti di ravvedimento operoso, oppure se questi debba essere invitato a farlo prima che si possa disporre l'esclusione.

Il tenore letterale della relativa disposizione della direttiva non offre una soluzione, giacché essa dispone unicamente che «un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione». Anche nel considerando 102 della direttiva si osserva solo in termini generici che «gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione».

Il modello di formulario di cui al regolamento di esecuzione 2016/7 menziona inoltre, con il titolo «Motivi di esclusione», la possibilità di comunicare se l'operatore economico abbia adottato provvedimenti di ravvedimento operoso ed eventualmente di descriverli.

Tuttavia i possibili motivi di esclusione riguardano situazioni diverse. In alcuni casi per l'operatore economico di cui trattasi sarà chiaramente prevedibile se si configuri o meno un motivo di esclusione applicabile. Per altri motivi di esclusione questo è meno ovvio. Esistono motivi di esclusione obbligatori e facoltativi. Nei limiti in cui si potrebbe configurare un «grave illecito», come nel caso di specie, ai sensi del considerando 101 della direttiva spetta alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di valutare se vi sia stata grave violazione dei doveri professionali. Siffatta qualificazione ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice non è dunque sempre prevedibile per l'offerente interessato. Deve l'offerente dunque agire di propria iniziativa o deve l'amministrazione aggiudicatrice prevedere una procedura in contraddittorio dopo aver stabilito che a suo avviso si configura un grave illecito che può determinare l'esclusione?

Inoltre i provvedimenti di ravvedimento operoso possono essere inclusi nella valutazione della proporzionalità del provvedimento di esclusione. Secondo il giudice del rinvio, un'interpretazione nel senso che si deve prevedere una

procedura in contraddittorio prima di decidere validamente sull'esclusione sembra anche favorire la concorrenza.

Per contro, mettendo l'iniziativa nella mani dell'offerente, è più probabile che diverse amministrazioni aggiudicatrici dispongano delle stesse informazioni quando devono adottare una decisione di aggiudicazione, il che determina una maggiore trasparenza.

Quanto all'analogia con il sistema relativo all'esame di prezzi anomali, il giudice del rinvio constata che l'articolo 69 della direttiva sui prezzi anormalmente bassi prescrive all'amministrazione aggiudicatrice talune azioni concrete, mentre questo evidentemente non avviene nel sistema relativo al *self cleaning*, di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva. Inoltre esso fa riferimento anche ai diversi obiettivi dei sistemi relativi ai prezzi anomali e al *self cleaning*.

- 11 Quanto all'efficacia diretta delle disposizioni di cui trattasi, il giudice del rinvio osserva che la Corte non si è ancora pronunciata al riguardo. A suo avviso si può comunque stabilire che l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 necessita di misure aggiuntive per poter essere applicato, segnatamente laddove esso dispone che ogni operatore economico può provare che i provvedimenti da esso adottati sono sufficienti per dimostrare la sua affidabilità nonostante il motivo di esclusione applicabile. Lo stesso vale per l'articolo 57, paragrafo 7, di detta direttiva. Ad esempio la direttiva non stabilisce quando il candidato o l'offerente debba comunicare che sono state adottate misure correttive o in che modo ciò debba avvenire, e a chi sia affidata la valutazione di dette misure.
- 12 D'altro lato, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia discende che la formulazione di una disposizione secondo cui lo Stato membro «deve adottare le misure necessarie», di per sé non impedisce che un determinato diritto possa essere stato conferito dalla direttiva incondizionatamente e in modo sufficientemente preciso. Pertanto, a giudizio del giudice del rinvio, non si può del tutto escludere che, sebbene non sembri che alle disposizioni in materia di *self cleaning* nel loro insieme possa essere riconosciuta efficacia diretta, ciò possa forse avvenire per talune di dette disposizioni, che valgono come garanzia minima.

Qualora la Corte di giustizia dichiari che la possibilità concessa a un offerente dall'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esclusione a causa di gravi illeciti, comportamenti che l'amministrazione aggiudicatrice deve comunque concedere a un offerente detta possibilità prima di escluderlo per quel motivo, si pone dunque la questione di stabilire se ciò possa essere considerato una sorta di tutela minima che può essere fissata con precisione sulla base della direttiva.

- 13 In considerazione dei dubbi sorti circa l'interpretazione delle disposizioni di cui trattasi, il giudice del rinvio decide di presentare alla Corte le questioni pregiudiziali sopra formulate.