

**Causa C-472/19**

**Domanda di pronuncia pregiudiziale**

**Data di deposito:**

20 giugno 2019

**Giudice del rinvio:**

Conseil d'État (Francia)

**Data della decisione di rinvio:**

14 giugno 2019

**Ricorrente:**

Vert Marine SAS

**Convenuto:**

Premier ministre

Ministre de l'Économie et des Finances

---

**CONSEIL D'ÉTAT (Consiglio di Stato; in prosieguo: il «Consiglio di Stato»)**

pronunciandosi

in sede contenziosa

(OMISSIS)

Visto il seguente procedimento:

Con un ricorso e una replica, registrati il 20 marzo e il 26 settembre 2018 presso la segreteria del contenzioso del Consiglio di Stato, la società Vert Marine chiede al Consiglio di Stato:

1°) di annullare per eccesso di potere la decisione implicita di rigetto, originatasi per effetto del silenzio mantenuto dal Premier ministre (Primo ministro; in prosieguo: il «Primo ministro»), sulla sua domanda diretta all'abrogazione degli articoli 19 e 23 del décret (atto esecutivo di portata generale; in prosieguo: il «décret») n. 2016-86 del 1° febbraio 2016 relativo ai contratti di concessione;

2°) di ingiungere al Primo ministro di abrogare tali disposizioni e di sostituirle con disposizioni che consentano di garantire la conformità di tale décret con il diritto dell'Unione entro un termine di 3 mesi a decorrere dalla notifica della decisione che sarà adottata;

(OMISSIS)

Essa sostiene che le disposizioni regolamentari di cui chiede l'abrogazione:

- (OMISSIS) [considerazioni di diritto costituzionale nazionale]
- attuano un sistema normativo recante divieti di presentare offerte incompatibile con le disposizioni dell'articolo 38 della direttiva 2014/23/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. [Or. 2]

Con un controricorso, registrato il 26 luglio 2018, il Primo ministro ha dichiarato di aderire alle osservazioni del ministre de l'économie et des finances (Ministro dell'Economia e delle Finanze; in prosiegua: il «Ministero dell'Economia e delle Finanze»).

Con un controricorso, registrato il 27 luglio 2018, il Ministro dell'Economia e delle Finanze ha chiesto che il ricorso fosse respinto. Egli sostiene che il ricorso è irricevibile in quanto la società Vert Marine non ha interesse ad agire e i motivi dedotti dalla ricorrente sono infondati.

(OMISSIS)

Visti:

- il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014[ , sull'aggiudicazione dei contratti di concessione] (in prosiegua: la «direttiva 2014/23»);
- il codice degli appalti pubblici;
- il codice penale;
- il codice di procedura penale;
- l'ordonnance (atto con valore di legge emanato dal Consiglio dei Ministri; in prosiegua: l'«ordonnance») n. 2016-65 del 29 gennaio 2016;
- il décret n. 2018-1075 del 3 dicembre 2018;

(OMISSIS)

Considerando quanto segue:

1. L'autorità competente, investita di una domanda diretta all'abrogazione di un atto regolamentare illegittimo, è tenuta ad accoglierla o nel caso in cui tale regolamento sia illegittimo sin dalla data della sua firma, o nel caso in cui l'illegittimità risulti da circostanze di diritto o di fatto successive a tale data. Laddove, successivamente alla presentazione di un ricorso avverso un rifiuto di abrogare disposizioni a carattere regolamentare, l'autorità che ha emanato l'atto controverso proceda alla sua abrogazione espressa o implicita, la controversia sorta da tale rifiuto di abrogare diviene priva di oggetto. Tuttavia, ciò non avviene qualora la medesima autorità riprenda, in un nuovo regolamento, le disposizioni da essa abrogate, senza modificarle o apportandovi soltanto modifiche di pura forma.
2. L'articolo 19, paragrafo II, del décret del 1° febbraio 2016 relativo ai contratti di concessione prevede che ciascun candidato all'aggiudicazione di un contratto di concessione debba produrre tutti i documenti che dimostrano che non è soggetto ad alcuno dei motivi di esclusione dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione di cui agli articoli 39, 40 e 42 dell'ordonnance del 29 gennaio 2016, relativa ai medesimi contratti. L'articolo 23, paragrafo II, secondo comma, dello stesso décret aggiunge che le domande di partecipazione irricevibili sono escluse, precisando, in particolare, che è [Or. 3] «irricevibile la domanda presentata da un candidato che non può partecipare alla procedura di aggiudicazione a norma degli articoli 39, 40, 42 e 44 dell'ordonnance del 29 gennaio 2016».
3. Sebbene dai documenti del fascicolo risulti che gli articoli 19 e 23 del décret del 1° febbraio 2016, relativo ai contratti di concessione sono stati abrogati dal décret del 3 dicembre 2018, recante la parte regolamentare del codice degli appalti pubblici, tali disposizioni sono state riprese, con modifiche unicamente di pura forma, dagli articoli da R. 3123-16 a R. 3123-21 del codice degli appalti pubblici. Pertanto, le conclusioni volte alla loro abrogazione non sono prive di oggetto e devono essere considerate come dirette avverso questi ultimi articoli.

Sulla ricevibilità del ricorso:

4. Dai documenti del fascicolo emerge che la società Vert Marine è specializzata nella gestione delegata di attrezzature sportive e per il tempo libero, e che la parte principale della sua attività consiste nell'esecuzione di contratti di concessione stipulati con enti pubblici. Essa vanta, pertanto, un interesse che le conferisce la legittimazione a proporre un ricorso per eccesso di potere avverso il rifiuto di abrogare le disposizioni regolamentari controverse, in quanto queste non prevedono alcun sistema per conformarsi agli obblighi che consenta a un operatore economico candidato all'aggiudicazione di un contratto di concessione di sottrarsi ai divieti di presentare offerte in caso di condanna per taluni reati.
5. (OMISSIS). [considerazioni di diritto processuale nazionale]

Sulla legittimità ai sensi del diritto nazionale delle disposizioni regolamentari controverse:

6. La società Vert Marine sostiene che gli articoli 19 e 23 del décret del 1° febbraio 2016, le cui disposizioni sono state riprese dal codice degli appalti pubblici, sono illegittimi in quanto applicano l'articolo 39 dell'ordonnance del 29 gennaio 2016, il quale sarebbe incompatibile con gli obiettivi dell'articolo 38 della direttiva 2014/23.
7. Un siffatto motivo, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministro dell'Economia e delle Finanze nella sua difesa, può essere utilmente fatto valere in quanto si deve ritenere che le disposizioni degli articoli 19 e 23 del décret – che fissano l'elenco dei documenti che consentono di dimostrare che il [Or. 4] candidato non è soggetto ad alcun motivo di esclusione dalla presentazione delle offerte – siano state adottate ai sensi dell'articolo 39 dell'ordonnance.
8. L'articolo 38 della direttiva 2014/23/UE prevede alcuni motivi di esclusione, obbligatori o facoltativi, degli operatori economici dalle procedure di aggiudicazione di una concessione. Il paragrafo 4 dello stesso articolo precisa i reati per i quali la condanna di un operatore economico comporta obbligatoriamente il divieto di partecipare alle procedure di aggiudicazione delle concessioni. Tuttavia, ai sensi del paragrafo 9 dello stesso articolo, *«[u]n operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 4 e 7 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura. / A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico e organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico interessato riceve una motivazione di tale decisione. / Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva».*

Ai sensi del paragrafo 10 del medesimo articolo: *«[i]n 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 particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 9 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con*

*sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 4 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 7».*

Tali disposizioni sono chiarite dal considerando 71 della direttiva, ai sensi del quale: *«[t]uttavia, è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per conformarsi agli obblighi, volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o condotte illecite e a impedire efficacemente l'ulteriore verificarsi di tali comportamenti scorretti. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di notifica e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. 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 della concessione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni procedurali e sostanziali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se lasciare alle singole amministrazioni aggiudicatrici o ai singoli enti aggiudicatori il compito di effettuare le pertinenti valutazioni o affidarlo ad altre autorità a livello centrale o decentrato».* [Or. 5]

9. Ai sensi dell'articolo 39 dell'ordonnance del 29 gennaio 2016, relativa ai contratti di concessione, contenuto ora all'articolo L. 3123-1 del codice degli appalti pubblici: *«[s]ono esclusi dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione: / 1° Le persone condannate con sentenza definitiva per uno dei reati di cui agli articoli da 222-34 a 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, da 421-1 a 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, da 432-12 a 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, da 441-1 a 441-7, 441-9, da 445-1 a 445-2-1 o 450-1 del codice penale, agli articoli da 1741 a 1743, 1746 o 1747 del codice generale delle imposte, e, per i contratti di concessione che non costituiscono contratti di concessione nell'ambito della difesa o della sicurezza, agli articoli 225-4-1 e 225-4-7 del codice penale, o per aver occultato tali reati, nonché per i reati equivalenti previsti dalla normativa di un altro Stato membro dell'Unione europea. / La condanna definitiva per uno di tali reati o per aver occultato uno di uno di tali reati da parte di un membro dell'organo di gestione, di amministrazione, di direzione o di sorveglianza o di una persona fisica che detiene poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo di una persona giuridica comporta l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione di detta persona giuridica, fintantoché tale persona fisica eserciti siffatte funzioni. / L'esclusione dalla procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione ai sensi del presente paragrafo 1 si applica per una durata di cinque anni dalla pronuncia di condanna (...)*».

10. La società Vert Marine sostiene che il diritto francese viola gli obiettivi della direttiva del 26 febbraio 2014, dal momento che né le disposizioni di diritto nazionale citate al precedente paragrafo né altre disposizioni prevedono la possibilità per un operatore – che sia stato condannato con sentenza definitiva per uno dei reati elencati nelle disposizioni di diritto nazionale e che per tale circostanza sia stato escluso, a norma dell'articolo 39, paragrafo 1, dell'ordonnance del 29 gennaio 2016, dalle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione per una durata di cinque anni – di attuare misure particolari volte a dimostrare la sua affidabilità dinanzi a un'amministrazione aggiudicatrice.
11. La risposta da fornire a tale motivo dipende dalla questione se la direttiva del 26 febbraio 2014 debba essere interpretata nel senso che essa osta in modo assoluto a che la normativa di uno Stato membro possa non prevedere di offrire ad un operatore economico che rientri in un motivo di esclusione come quelli menzionati all'articolo 39, punto 1, dell'ordonnance del 29 gennaio 2016 la possibilità di fornire prove al fine di attestare che le misure da quest'ultimo adottate sono sufficienti a dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice la sua affidabilità malgrado la sussistenza del suddetto motivo di esclusione, anche allorché si tratta di reati di particolare gravità che il legislatore ha inteso reprimere, al fine di moralizzare il settore degli appalti pubblici, per garantire l'esemplarità dei candidati.
12. Inoltre, il Ministro dell'Economia e delle Finanze rileva, nelle proprie memorie difensive, che nel diritto francese esistono diversi meccanismi, quali la revoca delle pene accessorie (relèvement) – che consente al giudice di revocare in tutto o in parte qualsiasi interdizione, decadenza o incapacità derivante da una condanna penale nei confronti una persona –, la riabilitazione giudiziaria – che consente di rimuovere tutte le incapacità o decadenze derivanti da una condanna – e l'esclusione della menzione della condanna dal bollettino n. 2 del casellario giudiziario, previste rispettivamente dall'articolo 132-21 del codice penale, dall'articolo 133-12 del codice penale e dall'articolo 775-1 del codice di procedura penale, e che la direttiva lascia gli Stati membri liberi di decidere se lasciare alle singole amministrazioni aggiudicatrici o ai singoli enti aggiudicatori il compito di valutare l'adeguatezza delle misure adottate per conformarsi agli obblighi o di affidare tali compiti ad altre autorità a livello centrale o decentrato. La risposta da fornire al motivo dedotto dal ricorso dipende quindi anche dalla questione se siffatti meccanismi, applicati da **[Or. 6]** un'autorità giudiziaria, possano essere considerati sistemi adeguati per conformarsi agli obblighi, il che presuppone di accertare se un'autorità giurisdizionale possa essere considerata come un potere a livello centrale o decentrato, ai sensi del considerando 71 della direttiva, e se le condizioni per la concessione delle misure giudiziarie come quelle esistenti nel diritto francese possano consentire di considerarle equiparabili a sistemi per conformarsi agli obblighi ai sensi della direttiva.
13. Tali questioni sono determinanti per la soluzione della controversia che il Conseil d'État (Consiglio di Stato) deve risolvere e presentano serie difficoltà. Occorre, di

conseguenza, adire la Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e sospendere il procedimento sul ricorso della società Vert Marine fino a quando la Corte si sia pronunciata.

DECIDE:

Articolo 1: Il giudizio sul ricorso presentato dalla società Vert Marine è sospeso fino alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle seguenti questioni:

- 1) Se la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, debba essere interpretata nel senso che essa osta a che la normativa di uno Stato membro, al fine di moralizzare il settore degli appalti pubblici, possa non offrire, ad un operatore condannato con sentenza definitiva per un reato di particolare gravità e che è oggetto, per tale motivo, di un provvedimento che gli vieta di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un contratto di concessione per una durata di cinque anni, la possibilità di fornire prove per confermare che le misure che ha adottato sono sufficienti a dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice la sua affidabilità, malgrado la sussistenza del suddetto motivo di esclusione.
- 2) Se la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, consenta agli Stati membri di affidare ad autorità diverse dall'amministrazione aggiudicatrice interessata il compito di valutare le misure attuate per conformarsi agli obblighi da parte degli operatori, e se tale facoltà consenta di affidare detto compito ad autorità giurisdizionali. In caso di risposta affermativa, se meccanismi quali i sistemi previsti dal diritto francese di revoca delle pene accessorie (relèvement), di riabilitazione giudiziaria e di esclusione della menzione della condanna dal bollettino n. 2 del casellario giudiziario possano essere considerati equiparabili a misure adottate per conformarsi agli obblighi ai sensi della direttiva.

(OMISSIS) [Or. 7] (OMISSIS) [indicazioni procedurali]