

Causa C-682/21**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

11 novembre 2021

Giudice del rinvio:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania)

Data della decisione di rinvio:

11 novembre 2021

Ricorrenti in cassazione e attrici nel giudizio di prima istanza:

‘HSC Baltic’ UAB

‘Mitnija’ UAB

‘Montuotojas’ UAB

Altra parte nel procedimento in cassazione e convenuta nel giudizio di prima istanza:

Vilniaus miesto savivaldybės administracija

Terze parti:

‘Active Construction Management’ UAB, società assoggettata a procedura di fallimento

‘Vilniaus vystymo kompanija’ UAB

Oggetto del procedimento principale

Le ricorrenti in cassazione (attrici nel giudizio di prima istanza) chiedono che sia dichiarata illegittima la decisione dell'altra parte nel procedimento in cassazione (la convenuta nel giudizio di prima istanza) di inserirle nell'elenco dei fornitori non affidabili a motivo dell'inadeguata esecuzione di un contratto d'appalto pubblico da parte di un raggruppamento di fornitori e della risoluzione del medesimo a causa di una violazione sostanziale.

Oggetto e base giuridica della domanda di pronuncia pregiudiziale

Interpretazione 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, in particolare l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 57, paragrafi 4, lettera g) e 6, e della direttiva del Consiglio 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, in particolare l'articolo 1, paragrafo 1, quarto subparagrapho e l'articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva; articolo 267, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 18, paragrafo 1, l'articolo 57, paragrafi 4, lettera g), e 6 della direttiva 2014/24, il quarto subparagrapho dell'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 (in combinato disposto o separatamente, senza tuttavia limitarsi a tali disposizioni) debbano essere interpretati nel senso che una decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di inserire l'operatore economico interessato nell'elenco dei fornitori inaffidabili e, in tal modo, di limitare, per un determinato periodo, la capacità di quell'operatore di partecipare a procedure d'appalto pubblicate successivamente, motivata dal fatto che tale operatore economico ha commesso una violazione sostanziale del contratto concluso con la suddetta amministrazione aggiudicatrice, costituisce una misura che può essere impugnata giudizialmente.

2. Se, in caso di risposta affermativa alla prima questione pregiudiziale, le disposizioni di diritto dell'Unione summenzionate (in combinato disposto o separatamente, senza tuttavia limitarsi a tali disposizioni) debbano essere interpretate nel senso che ostano a norme nazionali e ad una prassi applicativa delle medesime in base a cui: a) l'amministrazione aggiudicatrice, nel risolvere un contratto d'appalto pubblico per una violazione sostanziale di quest'ultimo, non adotta una decisione formale (separata) relativa all'inserimento di operatori economici nell'elenco dei fornitori non affidabili; b) un operatore economico non viene previamente informato dell'imminente inserimento nell'elenco dei fornitori non affidabili e, pertanto, non è messo in condizione di presentare i chiarimenti del caso e quindi di contestare effettivamente tale inserimento; c) l'amministrazione aggiudicatrice non effettua una valutazione individuale delle circostanze dell'inadeguata esecuzione di un appalto e, pertanto, se il contratto d'appalto pubblico è stato risolto legalmente per una violazione sostanziale del medesimo, l'operatore economico responsabile *de jure* per quella violazione viene automaticamente inserito nell'elenco dei fornitori non affidabili.

3. Se, in caso di risposta affermativa alle due precedenti questioni pregiudiziali, le disposizioni di diritto dell'Unione summenzionate (in combinato disposto o separatamente, senza tuttavia limitarsi a tali disposizioni) debbano essere

interpretate nel senso che i partner dell'attività congiunta (soggetti partecipanti ad un raggruppamento di fornitori) che hanno eseguito un contratto d'appalto pubblico risolto legalmente per una violazione sostanziale possono dimostrare la propria affidabilità e, pertanto, essere esclusi dall'elenco di fornitori non affidabili, fra l'altro, in considerazione dell'importo della quota (valore) dell'appalto eseguita, dell'insolvenza del partner capofila, di azioni compiute da quest'ultimo e del contributo dell'amministrazione aggiudicatrice alla mancata esecuzione del contratto.

Disposizioni del diritto dell'Unione fatte valere

Direttiva 2014/24, in particolare l'articolo 18, paragrafo 1, l'articolo 57, paragrafi 3, 4 e 6, l'articolo 90 and l'articolo 91.

Direttiva del Consiglio 89/665, in particolare l'articolo 1, paragrafo 1, quarto subparagrafo, e l'articolo 1, paragrafi 2 e 3.

Disposizioni del diritto nazionale fatte valere

Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Legge della Repubblica di Lituania sugli appalti pubblici; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici»): articolo 2, punto 36 (definizione della nozione di 'fornitore'); articolo 46, paragrafi 4, sesto subparagrafo, 7 e 8, recante rubrica 'Motivi di esclusione di un fornitore'; articolo 91, recante rubrica 'Mancata esecuzione o inadeguata esecuzione di un contratto d'appalto'; e articolo 101, paragrafi 1 e 2, recante rubrica 'Diritto di contestare le azioni o decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice'.

Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (codice civile della Repubblica di Lituania; in prosieguo: il «codice civile»): articolo 6.6, paragrafi 1 e da 3 a 6, recante rubrica 'Responsabilità solidale dei debitori'; articolo 6.15, paragrafo 1; articolo 6.217, recante rubrica 'Risoluzione di un contratto'; articolo 6.219; Articolo 6.969, paragrafo 1, recante rubrica 'Nozione di accordo di attività congiunta (partnership)'; articolo 6.975, recante rubrica 'Responsabilità dei partner per obbligazioni solidali'; e articolo 6.978, paragrafi 1, secondo e terzo subparagrafo, e 3, recante rubrica 'Cessazione dell'accordo di attività congiunta'.

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 In data 7 dicembre 2016, la convenuta nel giudizio di prima istanza, il Vilniaus miesto savivaldybės administracija (amministrazione comunale della città di Vilnius), pubblicava un avviso di una procedura d'appalto per l'aggiudicazione di un contratto d'opere pubbliche per la costruzione del centro benessere multifunzionale Lazdynai nella città di Vilnius (in prosieguo: la «procedura d'appalto»).

- 2 Al fine di partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, in data 30 gennaio 2017, le attrici nel giudizio di prima istanza – 'Montuotojas' UAB, 'Mitnija' UAB, 'HSC Baltic' UAB e 'Axis Power' UAB – concludevano un accordo per lo svolgimento di attività congiunte. Le società firmatarie di tale accordo avevano concordato che, in caso di aggiudicazione del contratto, il valore delle attività (contributo all'attività congiunta) costituenti il prezzo totale dell'offerta economica sarebbe stato ripartito proporzionalmente come segue: 'Active Construction Management' UAB – 65% (partner capofila), 'HSC Baltic' UAB – 15%, 'Axis Power' UAB – 10%, 'Mitnija' UAB – 5%, e 'Montuotojas' UAB – 5%.
- 3 In data 5 giugno 2017 la convenuta nel giudizio di prima istanza stipulava un contratto d'appalto di lavori con la 'Active Construction Management' UAB, che fissava come termine ultimo per l'esecuzione dei lavori di costruzione il 5 dicembre 2018.
- 4 L'esecuzione del contratto d'appalto non veniva realizzata nei tempi previsti. In data 21 agosto 2019, in seguito all'identificazione, da parte della convenuta nel giudizio di prima istanza, di carenze a livello del progetto tecnico, il termine ultimo per la realizzazione dei lavori previsti dal contratto veniva modificato e veniva fissato come nuovo termine il 28 maggio 2020. Tuttavia, anche dopo l'estensione del termine, i lavori non avanzavano regolarmente e subivano un ritardo rispetto al nuovo calendario.
- 5 Con ordinanza del 28 ottobre 2019, il Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania) apriva una procedura d'insolvenza nei confronti della 'Active Construction Management' UAB. La convenuta nel giudizio di prima istanza e le attrici nel giudizio di prima istanza venivano informate di ciò mediante lettera dell'amministratore dell'insolvenza datata 6 dicembre 2019, in cui si precisava anche che il partner capofila non avrebbe più eseguito il contratto d'appalto di lavori e che il contratto doveva pertanto considerarsi risolto per quanto riguardava quel partner.
- 6 La convenuta nel giudizio di prima istanza e gli altri partner, e cioè le attrici nel giudizio di prima istanza, non riuscivano a trovare un comune accordo sulla prosecuzione dell'esecuzione del contratto d'appalto di lavori.
- 7 Con lettera del 22 gennaio 2020, la convenuta nel giudizio di prima istanza informava le attrici nel giudizio di prima istanza della risoluzione del contratto d'appalto di lavori essendosi verificata una violazione sostanziale del medesimo.
- 8 In data 21 febbraio 2021 le attrici nel giudizio di prima istanza introducevano un'azione giudiziale dinanzi al Tribunale regionale di Vilnius, chiedendo (1) che venisse dichiarata l'illegittimità della risoluzione unilaterale del contratto d'appalto di lavori, per una violazione sostanziale del medesimo, da parte della convenuta nel giudizio di prima istanza; (2) che fosse dichiarata la risoluzione del contratto d'appalto di lavori per causa imputabile alla convenuta nel giudizio di

prima istanza; e (3) che venisse dichiarata l'illegittimità della decisione della convenuta nel giudizio di prima istanza di inserire le attrici nel giudizio di prima istanza nell'elenco dei fornitori non affidabili nel sistema informatico centrale degli appalti pubblici.

- 9 Con sentenza del 27 agosto 2020, il Tribunale regionale di Vilnius rigettava in toto l'azione delle attrici nel giudizio di prima istanza.
- 10 Il Tribunale decretava che il contratto d'appalto di lavori era stato risolto legalmente per una violazione sostanziale derivante dalla mancata o inadeguata esecuzione del contratto d'appalto pubblico e che, in tale caso, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a inserire i fornitori (o, nel caso di un raggruppamento di fornitori, tutti i membri del raggruppamento) nell'elenco dei fornitori non affidabili. Inoltre, il Tribunale statuiva che, in base alle disposizioni nazionali, le attrici nel giudizio di prima istanza avrebbero potuto riabilitarsi mediante misure di autodisciplina partecipando ad altre procedure d'appalto, non essendo ad esse preclusa la partecipazione in tali procedure.
- 11 Con ordinanza del 21 gennaio 2021, il Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello, Lituania) rigettava l'appello introdotto dalle attrici nel giudizio di prima istanza contro la sentenza pronunciata dal Tribunale regionale di Vilnius.
- 12 In data 22 gennaio 2021, su iniziativa della convenuta nel giudizio di prima istanza, il Viešųjų pirkimų tarnyba (Ufficio degli appalti pubblici) inseriva le attrici nel giudizio di prima istanza nell'elenco dei fornitori non affidabili.
- 13 Tra il 18 e il 22 febbraio 2021 le attrici nel giudizio di prima istanza introducevano ricorso contro l'ordinanza della Corte d'appello, Lituania, dinanzi alla Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania; in prosieguo: il «giudice del rinvio»). La richiesta di misure provvisorie da esse presentata veniva accolta – venivano così escluse dall'elenco di fornitori non affidabili nelle more del procedimento in cassazione.
- 14 Con ordinanza parziale dell'11 novembre 2021, il giudice del rinvio confermava le parti delle decisioni pronunciate dai giudici di prima e seconda istanza con cui erano state respinte le richieste presentate in giudizio in merito alla corretta esecuzione del contratto e alla legittimità della risoluzione del medesimo.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 15 Le attrici nel giudizio di prima istanza hanno fatto valere dinanzi al giudice del rinvio che le norme di cui all'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici, per quanto vi sia consenso sul fatto che l'obiettivo risultante dall'applicazione di dette norme è di escludere operatori economici disonesti da rapporti giuridici nell'ambito di appalti pubblici, non possono essere interpretate nel senso che operatori economici che hanno formato un raggruppamento di fornitori (appaltatore) e, di fatto, non hanno realizzato lavori nell'ambito di un contratto

d'appalto pubblico (prima della procedura d'insolvenza, i lavori appaltati erano stati realizzati esclusivamente dal partner capofila) siano inseriti nell'elenco dei fornitori non affidabili, nel caso in cui la mancata (o inadeguata) esecuzione delle obbligazioni contrattuali rilevanti ha comportato la risoluzione di quel contratto; diversamente, situazioni simili, in cui i rispettivi lavori nell'ambito di un contratto d'appalto pubblico non sono stati realizzati da un subappaltatore o dal partner di attività congiunta rilevante, verrebbero trattate in maniera diversa, dato che i subappaltatori devono essere inseriti nell'elenco dei fornitori non affidabili unicamente quando una violazione riguarda la parte del contratto d'appalto pubblico che è stata subappaltata ad essi; i giudici non avrebbero garantito la corretta applicazione dell'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici e avrebbero violato i principi in materia di appalti pubblici, per non aver tenuto conto delle specifiche azioni dei rispettivi operatori economici nell'esecuzione del contratto d'appalto di lavori, e cioè dell'integrità e dell'affidabilità di quegli operatori; l'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici si applica in base alla responsabilità personale di un operatore economico; nella sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (C-927/19), è stato precisato che partner di attività congiunta possono essere chiamati a rispondere delle azioni di un altro partner esclusivamente quando ne abbiano avuto cognizione, il che significa che le azioni di ogni singolo partner sono valutate sulla base del principio della responsabilità personale e non di quello della responsabilità solidale.

- 16 La convenuta nel giudizio di prima istanza ha dichiarato dinanzi al giudice del rinvio di condividere le conclusioni dei giudici e che l'amministrazione aggiudicatrice non gode di discrezionalità nell'applicare l'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici e deve pertanto inserire gli operatori economici interessati nell'elenco dei fornitori non affidabili. Nell'adempiere tale obbligo, essa non tiene conto di quale specifico partner appartenente ad un raggruppamento di fornitori si sia reso responsabile della violazione sostanziale del contratto d'appalto pubblico con la propria condotta; un'interpretazione in senso contrario è incompatibile con la responsabilità solidale di partner di attività congiunta e, pertanto, circostanze attenuanti assumono rilevanza unicamente per la riabilitazione di soggetti che sono già stati inseriti nell'elenco dei fornitori non affidabili.

Breve esposizione della motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale

- 17 Il giudice del rinvio osserva che la controversia riguardante l'inserimento delle attrici del giudizio di prima istanza nell'elenco dei fornitori non affidabili è una questione che deriva dall'interpretazione e dall'applicazione delle disposizioni della legge sugli appalti pubblici, a fortiori dell'articolo 91 di tale legge, e dal rapporto tra quelle disposizioni e le norme del codice civile in materia di attività congiunta. Gli argomenti delle parti della controversia relativi all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni nazionali sollevano questioni di diritto strettamente collegate e dubbi nel giudice del rinvio sotto il profilo della

conformità delle disposizioni della legge sugli appalti pubblici con il diritto dell'Unione, nello specifico a) se l'inserimento dei fornitori nell'elenco dei fornitori non affidabili costituisca una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice la cui legalità può essere oggetto di riesame; e b) in caso in cui tale decisione può essere impugnata, il fondamento per la sua adozione e per valutarne la legittimità.

- 18 Come si è deciso in prima istanza ed in appello e come la convenuta nel giudizio di prima istanza sostiene, conformemente alle disposizioni vigenti in Lituania (articolo 91 della legge sugli appalti pubblici), le amministrazioni aggiudicatrici non godono di alcuna discrezionalità nel decidere dell'inserimento dell'operatore economico interessato nell'elenco dei fornitori se quell'operatore economico è responsabile di una violazione sostanziale del contratto di appalto pubblico e tale violazione ha comportato la risoluzione unilaterale del medesimo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. La natura non discrezionale delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici trova la propria giustificazione nell'obbligo di legge che incombe su tali amministrazioni di inserire tutti i soggetti appartenenti a un raggruppamento di fornitori – partner di attività congiunta – nell'elenco in discussione.
- 19 In effetti, il tenore dell'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici lascia intendere che l'inserimento di operatori economici nell'elenco di fornitori non affidabili non è un atto autonomo, né dal punto di vista sostanziale né da quello formale. Secondo le disposizioni del diritto lituano, siffatto inserimento non costituisce una decisione separata, bensì una conseguenza giuridica di altra decisione con cui si risolve unilateralmente un contratto d'appalto pubblico: se un operatore economico non contesta in alcun modo la risoluzione del contratto motivata da una violazione sostanziale del medesimo oppure se tale decisione viene giudicata come legittima in sede giurisdizionale, l'operatore economico interessato, che ha eseguito il contratto summenzionato autonomamente o insieme ad altri partner, è necessariamente inserito nell'elenco dei fornitori non affidabili.
- 20 Tali disposizioni presuppongono, in primo luogo, che situazioni in cui un'amministrazione aggiudicatrice possa risolvere legittimamente un contratto per una violazione sostanziale del medesimo, senza tuttavia che il fornitore venga inserito nell'elenco dei fornitori non affidabili, tenuto conto delle circostanze del caso specifico, non sono possibili de jure e, in secondo luogo, che il fornitore, essenzialmente, può contestare solo la risoluzione unilaterale del contratto d'appalto pubblico.
- 21 Le disposizioni nazionali in esame non sembrano di per sé in contrasto con l'effettiva difesa dei diritti dei fornitori, dato che, come si verifica nel caso di specie, l'operatore economico può effettivamente contestare la risoluzione unilaterale del contratto d'appalto pubblico facendo valere di non aver commesso una violazione sostanziale, che l'amministrazione aggiudicatrice è anch'essa in parte responsabile della mancata realizzazione degli obiettivi del contratto, e via dicendo. Tuttavia, occorre rilevare a tal proposito che, in base alle disposizioni di

diritto lituano, quando un contratto viene risolto a causa di una violazione sostanziale, l'elemento soggettivo della condotta della parte responsabile per l'inadempimento contrattuale in sostanza non viene tenuto in considerazione.

- 22 Sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia può concludersi che i motivi che hanno determinato l'inadempimento contrattuale, la natura di quest'ultimo ed altre circostanze, sono giuridicamente rilevanti per decidere se limitare il diritto dei fornitori di prendere parte ad altre procedure d'appalto. Nella propria sentenza del 19 giugno 2019, *Meca* (C-41/18), la Corte di giustizia ha osservato che, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici devono poter effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, in uno dei casi previsti all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva; tenuto conto di ciò, le amministrazioni aggiudicatrici non possono essere vincolate da una precedente indagine sulla violazione, dato che ciò non sarebbe compatibile con il principio di proporzionalità, un principio che, fra l'altro, esige che si valuti la natura di una violazione ovvero la lievità o portata materiale e ripetizione di quella.
- 23 Come si è precedentemente osservato, i giudici di prima e seconda istanza e la convenuta nel giudizio di prima istanza si basano essenzialmente sulla summenzionata regola dell'interpretazione giuridica per concludere che, in tale fase della controversia, non è possibile e non è necessario valutare la natura delle azioni delle attrici nel giudizio di prima istanza, nella misura in cui esse potranno essere riabilitate mediante misure di autodisciplina ['self-cleaning'], partecipando ad altre procedure d'appalto. Questo modello risultante dalle norme nazionali è coerente con la *ratio decidendi* della sentenza *Meca* (C-41/18), in particolar modo tenuto conto del fatto che, in procedure d'appalto successive, l'amministrazione aggiudicatrice interessata non deve essere vincolata da una valutazione svolta da altra amministrazione aggiudicatrice, il che, tuttavia, non si applica nel caso di una decisione pronunciata da un organo giurisdizionale. Nel caso in cui l'inserimento dell'operatore economico nell'elenco dei fornitori non affidabili venisse ritenuto legittimo in sede giurisdizionale, non è chiaro se l'amministrazione aggiudicatrice interessata potrebbe riesaminare siffatta decisione nel contesto di una procedura di carattere non giudiziale.
- 24 Tuttavia, secondo il giudice del rinvio, la posizione adottata dai giudici dei precedenti gradi di giudizio e dalla convenuta nel giudizio di prima istanza comporta, di fatto, un paradosso.
- 25 In primo luogo, affinché sia possibile tenere conto della natura delle azioni compiute dall'operatore economico interessato, quest'ultimo deve dapprima essere inserito nell'elenco dei fornitori non affidabili; pertanto, le circostanze relative all'esecuzione del contratto assumono rilevanza nel momento in cui si decide non tanto dell'inserimento di quell'operatore economico, bensì dell'esclusione ad hoc di tale soggetto dal suddetto elenco. In tale contesto, fra l'altro, le azioni pregresse di un operatore economico inserito nell'elenco dei

fornitori inaffidabili da tre anni, secondo quanto previsto dalla normativa in vigore, sono suscettibili di ricevere un trattamento differente. Il fatto che la violazione commessa da un simile operatore economico venga considerata lieve da parte di un'amministrazione aggiudicatrice non significa di per sé che un'altra amministrazione aggiudicatrice giungerà alle medesime conclusioni.

- 26 In secondo luogo, sulla base di un tale modello, una decisione sul contenuto delle azioni dell'operatore economico non verrebbe presa dall'amministrazione aggiudicatrice che meglio conosce la violazione, ma da altre amministrazioni aggiudicatrici che, fondamentalmente, si baseranno sui chiarimenti prestati dal fornitore interessato. In ogni caso, il fatto di poter valutare le circostanze relative alla violazione del contratto esclusivamente nel caso di operatori economici che sono stati già iscritti nell'elenco dei fornitori non affidabili non trova giustificazione in un obiettivo legittimo o in una buona pratica.
- 27 Il giudice del rinvio non condivide l'opinione della convenuta nel giudizio di prima istanza che una differente interpretazione dell'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici, e cioè una valutazione individuale della condotta delle attrici nel giudizio di prima istanza nell'esecuzione del contratto d'appalto di lavori, può risultare incompatibile con la responsabilità solidale dei partner dell'attività congiunta. La questione dell'importanza della responsabilità solidale nel valutare l'affidabilità dei partner dell'attività congiunta ai sensi dell'articolo 57 della direttiva 2014/24 è stata già sollevata dal giudice del rinvio in *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, già citata; tuttavia, come chiarito dalla Corte di giustizia, un'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare una valutazione individuale delle azioni del singolo operatore economico (partner). Come la 'Mitnija' UAB argomenta correttamente, l'articolo 91, paragrafo 1, della legge sugli appalti pubblici dispone espressamente che gli altri operatori economici sulla cui capacità il fornitore ha fatto affidamento e che hanno assunto la responsabilità in solido con il fornitore per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 5, della medesima legge, devono ugualmente essere inseriti nell'elenco dei fornitori non affidabili, a patto che la violazione riguardi la parte del contratto che è stata subappaltata a quegli operatori. È opinione condivisa che un partner di attività congiunta e un fornitore di capacità economica o finanziaria, che agisca essenzialmente in qualità di garante finanziario, non sono soggetti identici; tuttavia, se tali soggetti sono responsabili in solido (il primo sulla base del codice civile, il secondo sulla base della legge sugli appalti pubblici), non si giustifica una diversa valutazione delle loro rispettive azioni.
- 28 Ciononostante, la responsabilità solidale di partner dell'attività congiunta ai fini dell'articolo 91 della legge sugli appalti pubblici (articolo 57, paragrafo 4, lettera g) della direttiva 2014/24) è, in generale, un aspetto secondario nel caso si accetti l'interpretazione secondo cui l'elenco dei fornitori non affidabili deve includere esclusivamente quegli operatori economici che vengono ritenuti non affidabili (disonesti) sulla base di una valutazione individuale delle rispettive azioni. In tal caso, la risoluzione del contratto d'appalto pubblico per una violazione sostanziale non determinerebbe di per sé l'inserimento di tali soggetti nell'elenco dei fornitori

non affidabili (ad esempio, insolvenza, fatto del terzo, forza maggiore e via dicendo); di conseguenza, non vi sarebbe (e non dovrebbe esservi) alcuna differenza tra la situazione in cui l'appaltatore responsabile per l'inadempimento del contratto di appalto pubblico ha agito autonomamente o con un gruppo di operatori economici indipendenti (nell'ambito di un accordo per lo svolgimento di attività congiunte). Diversamente, i raggruppamenti di fornitori verrebbero penalizzati ingiustificatamente.

- 29 Il giudice del rinvio nutre anche dubbi relativamente all'inquadramento della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di iscrivere un operatore economico nell'elenco dei fornitori non affidabili. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la nozione di 'decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici' deve essere interpretata in senso ampio, in modo tale da ricomprendere potenzialmente tutte le decisioni adottate da tali autorità, senza operare all'interno di queste ultime alcuna distinzione a seconda del rispettivo contenuto o del momento di adozione; l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna limitazione quanto alla natura e al contenuto delle decisioni a cui fa riferimento (sentenza dell'11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RLP Lochau*, C-26/03, punti 28 e 30).
- 30 Inoltre, il giudice del rinvio richiama l'attenzione sulla lettera del quarto subparagrapho dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, che le differenti versioni linguistiche rivelano non essere identico. La versione linguistica lituana e quella inglese fanno riferimento a 'su sutartimis (...) susiję (...) sprendimai' ['decisioni connesse ai contratti'] and 'contracts (...) decisions' rispettivamente, mentre la versione francese menziona 'les procédures de passation des marchés' [le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici]. La versione francese non sembra avere una portata particolarmente ampia nella misura in cui si riferisce specificatamente alla conclusione (aggiudicazione) di contratti e non alle conseguenze derivanti dalla risoluzione di tali atti. La nozione di 'procedure per l'aggiudicazione di appalti' è anche utilizzata all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 89/665. A ciò si aggiunga che, l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 prevede, fra l'altro, che il soggetto legittimato ad impugnare dovrebbe avere almeno un interesse nell'ottenere l'aggiudicazione di un particolare contratto ed essere stato leso da atti illegittimi dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 31 È chiaro che la controversia non è sorta a causa delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice di concedere o limitare il diritto di aggiudicarsi (concludere) un contratto d'appalto pubblico specifico, dato che il contratto d'appalto di lavori era stato concluso con le attrici nel giudizio di prima istanza; inoltre, le azioni di queste ultime avevano determinato la decisione legittima della convenuta nel giudizio di prima istanza di risolvere il contratto in discussione. Per altro verso, l'inserimento degli operatori economici interessati nell'elenco di fornitori non affidabili limita il diritto di tali operatori di concludere altri contratti d'appalti pubblici, in base al motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera g) della direttiva 2014/24. Di conseguenza, sulla base dell'orientamento generale della giurisprudenza della Corte di giustizia

che fornisce un'interpretazione estensiva della nozione di 'decisione di un'amministrazione aggiudicatrice', sarebbe, in linea di principio, giustificato inquadrare la decisione della convenuta nel giudizio di prima istanza qui in esame come una decisione di cui al quarto subparagrapho dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665.

- 32 Se la decisione della convenuta nel giudizio di prima istanza in discussione in una parte del procedimento nazionale rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, è importante stabilire le basi per valutarne la rispettiva legittimità. Le attrici nel giudizio di prima istanza attribuiscono particolare importanza alle seguenti circostanze come base per valutare la propria affidabilità, indipendentemente dal fatto che il contratto d'appalto di lavori sia stato risolto: la proporzione delle obbligazioni contrattuali (contributi) degli appaltatori nell'ambito dell'esecuzione del contratto d'appalto pubblico; il fatto che, prima della risoluzione del contratto d'appalto di lavori, la totalità dei lavori era stata realizzata esclusivamente dal partner capofila, ovvero sia che le attrici nel giudizio di prima istanza non avevano ancora cominciato a realizzare i lavori appaltati; la procedura d'insolvenza aperta nei confronti del partner capofila; certe azioni poste in essere dalla convenuta nel giudizio di prima istanza, che possono aver determinato la cattiva esecuzione del contratto d'appalto di lavori, e altre circostanze.
- 33 Secondo il giudice del rinvio, le circostanze sopra riferite possono essere rilevanti al fine di valutare l'affidabilità degli operatori economici che hanno eseguito il contratto d'appalto di lavori per ciò che concerne l'inserimento dei medesimi nell'elenco dei fornitori non affidabili. Se, in linea con la sentenza *Meca* (C-41/18), una simile valutazione di affidabilità deve essere realizzata dalle amministrazioni aggiudicatrici che hanno pubblicato avvisi di nuove procedure d'appalto, non sembrerebbe irragionevole esigere che l'amministrazione aggiudicatrice che ha aggiudicato il contratto d'appalto pubblico risolto, e cioè la convenuta nel giudizio di prima istanza, effettui anch'essa tale valutazione.