

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

20 dicembre 2017 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di lavori – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 45, paragrafi 2 e 3 – Condizioni di esclusione dalla partecipazione all'appalto pubblico – Dichiarazione relativa all'assenza di sentenze definitive di condanna a carico degli ex amministratori della società offerente – Condotta penalmente rilevante di un ex amministratore – Condanna penale – Dissociazione completa ed effettiva dell'impresa offerente rispetto a tale amministratore – Prova – Valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dei requisiti di tale obbligo»

Nella causa C-178/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 1° dicembre 2015, pervenuta in cancelleria il 24 marzo 2016, nel procedimento

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

contro

Provincia autonoma di Bolzano,

Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

nei confronti di:

Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, C. Vajda, E. Juhász (relatore), K. Jürimäe e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 5 aprile 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA e la Guerrato SpA, da M.A. Sandulli e L. Antonini, avvocati;
- per la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP), da C. Guccione, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo e S. Bikircher, avvocati;
- per la Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, da A. Guarino e C. Martelli, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Pluchino e P. Grasso, avvocati dello Stato;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 21 giugno 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c) e g), e paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), nonché su determinati principi generali del diritto dell'Unione.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (in prosieguo: la «Mantovani») e la Guerrato SpA, la prima delle quali in proprio e in qualità di capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese con la Guerrato, e, dall'altro, la Provincia autonoma di Bolzano (Italia) (in prosieguo: la «provincia di Bolzano»), l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) e l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), in merito all'esclusione della Mantovani dalla procedura di gara relativa all'aggiudicazione di un appalto di lavori avente ad oggetto il finanziamento, la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione della nuova Casa Circondariale di Bolzano.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 Il considerando 2 della direttiva 2004/18 così recita:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza (...)».

4 L'articolo 45 della direttiva 2004/18, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», dispone quanto segue:

«1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza, per una o più delle ragioni elencate qui di seguito:

(...)

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

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

(...)

- c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale;
- d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;

(...)

- g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni.

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo.

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

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

(...))».

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), come modificato dal decreto legge del 13 maggio 2011, n. 70 (GURI n. 110, del 13 maggio 2011, pag. 1), convertito nella legge del 12 luglio 2011, n. 106 (GURI n. 160, del 12 luglio 2011, pag. 1) (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»), disciplina in Italia, nel loro complesso, le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture.

6 Il decreto legislativo n. 163/2006 contiene, nella sua parte II, l'articolo 38, che stabilisce i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi. L'articolo 38, comma 1, lettera c), di tale decreto così dispone:

«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:

(...)

- c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la

condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva [2004/18]; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima; (...)».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 7 Con bando pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 27 luglio 2013 (S 145-251280), la provincia di Bolzano ha indetto una procedura di gara d'appalto per l'attribuzione, con procedura aperta, di un appalto di lavori avente ad oggetto il finanziamento, la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione della nuova Casa Circondariale di Bolzano. L'importo stimato dei lavori ammontava a EUR 165 400 000.
- 8 La Mantovani ha presentato una domanda di partecipazione il 16 dicembre 2013, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di una costituenda associazione temporanea di imprese. Tale società ha prodotto due dichiarazioni relative al rispetto dei requisiti generali previsti all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006. Il 4 dicembre 2013 essa ha dichiarato che nei confronti del sig. B., quale presidente del consiglio di amministrazione, amministratore delegato e legale rappresentante cessato dalla carica in data 6 marzo 2013, non era stata pronunciata alcuna condanna passata in giudicato. Il 16 dicembre 2013, la Mantovani ha confermato il contenuto di tale dichiarazione.
- 9 Nella seduta di gara del 9 gennaio 2014 l'amministrazione aggiudicatrice ha ammesso la Mantovani con riserva, in attesa di chiarimenti relativi al sig. B. Un articolo di un quotidiano locale, pubblicato il 6 dicembre 2013, rivelava infatti che il sig. B., in seguito all'accusa di aver promosso un sistema di fatture false, aveva patteggiato una condanna a un anno e dieci mesi di reclusione.

- 10 Successivamente, l'amministrazione aggiudicatrice ha acquisito il casellario giudiziale del sig. B., dal quale risultava che detta condanna era stata inflitta il 5 dicembre 2013 ed era passata in giudicato il 29 marzo 2014. Nella seduta di gara del 29 maggio 2014, l'amministrazione aggiudicatrice ha invitato la Mantovani a fornirle chiarimenti in merito a tale condanna.
- 11 La Mantovani ha risposto facendo valere, in particolare, che la condanna del sig. B. era passata in giudicato successivamente alle proprie dichiarazioni datate 4 e 16 dicembre 2013, che la sentenza del 6 dicembre 2013 era stata pronunciata in camera di consiglio, e non in udienza pubblica, e che la pubblicazione di tale sentenza aveva avuto luogo solo il 3 febbraio 2014. La Mantovani ha aggiunto che, al fine di dimostrare la sua effettiva e completa dissociazione dalla condotta del sig. B., quest'ultimo era stato rimosso immediatamente da tutte le cariche sociali del gruppo Mantovani, gli organi di gestione della società avevano subito un riassetto interno, le azioni detenute dal sig. B. erano state riscattate e nei suoi confronti era stata avviata un'azione di responsabilità.
- 12 Dopo aver stilato una graduatoria in cui la Mantovani risultava classificata, con riserva, al quinto posto, l'amministrazione aggiudicatrice ha chiesto un parere all'ANAC in merito alla legittimità di un'eventuale esclusione della Mantovani. L'ANAC ha sostanzialmente risposto che, sebbene, in mancanza di una sentenza irrevocabile, le dichiarazioni della Mantovani non potessero essere qualificate come «falsa dichiarazione», tuttavia la mancata tempestiva comunicazione dello sviluppo delle vicende penalmente rilevanti riguardanti uno dei soggetti menzionati all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 163/2006 poteva costituire una violazione del dovere di leale collaborazione con la stazione appaltante, impedendo così l'effettiva e completa dissociazione rispetto al soggetto interessato.
- 13 In tali circostanze, l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso, nella seduta del 27 febbraio 2015, di escludere la Mantovani dalla gara d'appalto. Secondo il verbale di tale seduta, è stato constatato che i requisiti generali di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006 non erano soddisfatti «in ragione dell'insufficiente e tardiva dimostrazione della dissociazione dalla condotta penalmente rilevante posta in essere dal soggetto cessato dalla carica» e che la condanna «è intervenuta in un momento antecedente alla dichiarazione resa in gara e come tale avrebbe potuto essere dichiarata dalla Mantovani in sede di partecipazione».
- 14 La Mantovani ha adito il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (Italia) di un ricorso contro tale decisione di esclusione. Con sentenza del 27 agosto 2015 detto tribunale ha confermato la legittimità dell'esclusione, considerando che la sussistenza della condanna del sig. B. avrebbe potuto essere oggetto di una dichiarazione nel corso della procedura di aggiudicazione e che solo un concorrente che avesse fornito dichiarazioni corrispondenti alla realtà, senza depistare la stazione appaltante, poteva rivendicare

il beneficio della dissociazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 163/2006.

15 La Mantovani ha impugnato tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato (Italia) deducendo, tra gli altri motivi, la contrarietà al diritto dell'Unione dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006 e chiedendo che venisse deferita alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.

16 In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se osti alla corretta applicazione dell'art. 45, paragrafi 2, lettere c) e g), e 3, lett. a) della Direttiva [2004/18] e dei principi di diritto europeo di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, di divieto di aggravio del procedimento e di massima apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici, nonché di tassatività e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, una normativa nazionale, quale quella dell'art. 38, comma 1, lett. c), [del decreto legislativo n. 163/2006], nella parte in cui estende il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna (comprese le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti), per i reati ivi indicati, ai soggetti titolari di cariche nell'ambito delle imprese concorrenti, cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, e configura una correlativa causa di esclusione dalla gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata di tali soggetti, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa che consente alla stazione appaltante di introdurre, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara:

- i) oneri informativi e dichiarativi relativi a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile (e, quindi, per definizione di esito incerto), non previsti dalla legge neppure in ordine ai soggetti in carica;
- ii) oneri di dissociazione spontanea, indeterminati quanto alla tipologia delle condotte scriminanti, al relativo riferimento temporale (anche anticipato rispetto al momento di irrevocabilità della sentenza penale) e alla fase della procedura in cui devono essere assolti;
- iii) oneri di leale collaborazione dal contorno indefinito, se non con richiamo alla clausola generale della buona fede».

Sulla questione pregiudiziale

Sulla ricevibilità

- 17 La provincia di Bolzano ritiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale sia irricevibile. A suo avviso, la Corte ha già statuito, nella sentenza del 10 luglio 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), su una questione relativa all'interpretazione dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 analoga a quella sollevata nella presente fattispecie.
- 18 A tale riguardo, è sufficiente rilevare che una domanda di pronuncia pregiudiziale interpretativa non è irricevibile per il solo fatto di essere analoga a una questione pregiudiziale su cui la Corte abbia già statuito. In ogni caso, la causa che ha dato luogo alla sentenza citata al punto precedente riguardava una situazione giuridica diversa, caratterizzata dall'esclusione di un offerente per non aver pagato contributi previdenziali e assistenziali nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione cui si applicavano solo le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, dal momento che non era raggiunta la soglia di cui all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18.
- 19 La provincia di Bolzano ritiene inoltre che la questione pregiudiziale non abbia alcun nesso con la controversia principale, dato che l'esclusione aveva costituito una sanzione non già per la violazione di obblighi di informazione o di dichiarazione, bensì per la mancata effettiva e completa dissociazione della Mantovani dalla condotta del suo ex amministratore sig. B. Peraltro, il riferimento alla causa di esclusione relativa alle false dichiarazioni di cui all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera g), e paragrafo 3, della direttiva 2004/18 non sarebbe pertinente né determinante.
- 20 Al riguardo, occorre ricordare che le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza. La Corte può rifiutarsi di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco e a.*, C-105/14, EU:C:2015:555, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).
- 21 Nel caso di specie, il giudice del rinvio ha indicato che le dichiarazioni rese dalla Mantovani il 4 e il 16 dicembre 2013, relative alla mancanza di una sentenza passata in giudicato, effettivamente non possono essere qualificate come «false dichiarazioni» ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera g), della direttiva 2004/18. Tuttavia, esso si chiede se il diritto dell'Unione consenta di tener conto dell'assenza di dichiarazioni relative a procedimenti penali nei confronti di ex amministratori dell'impresa offerente che non siano ancora stati giudicati in via definitiva.
- 22 In tali circostanze, non risulta in modo manifesto che la questione pregiudiziale non abbia alcun nesso con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia principale.

23 Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Nel merito

24 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2004/18, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c) e g), e l'articolo 45, paragrafo 3, lettera a), di tale direttiva, nonché i principi di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che consente all'amministrazione aggiudicatrice di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico, e di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore.

25 In via preliminare occorre rilevare che il giudice del rinvio fa riferimento, nella formulazione della questione pregiudiziale, alle cause di esclusione di cui all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c) e g), della direttiva 2004/18, relative all'esclusione, rispettivamente, di un offerente nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato di cui trattasi, per un reato che incida sulla sua moralità professionale, e di un offerente che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della sezione 2 del capo VII di tale direttiva o che non abbia fornito dette informazioni.

26 Come risulta da quanto indicato nell'ordinanza di rinvio, la Mantovani è stata esclusa dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto per aver comunicato tardivamente e in modo incompleto gli elementi che dimostrano che si era dissociata dalla condotta del suo amministratore. In particolare, le è stato contestato il fatto di non aver indicato, nelle sue dichiarazioni del 4 e del 16 dicembre 2013, che nei confronti del suo ex amministratore si era svolto un procedimento penale che aveva dato luogo a una sentenza di condanna con applicazione della pena su richiesta, emessa in camera di consiglio il 6 dicembre 2013.

27 Pertanto, come afferma la Commissione europea, si potrebbe ritenere che i fatti di cui al procedimento principale possano rientrare nell'ambito della causa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18, che consente di escludere un offerente che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice.

- 28 Orbene, come risulta da una giurisprudenza costante, la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni. Spetta, al riguardo, alla Corte trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale, in particolare dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi di diritto dell'Unione che richiedano un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia (v., segnatamente, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).
- 29 In tali circostanze, si deve ritenere che la questione pregiudiziale riguardi anche l'interpretazione della causa facoltativa di esclusione di cui all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18.
- 30 Per quanto concerne le cause facoltative di esclusione, occorre constatare anzitutto che, conformemente all'articolo 45, paragrafo 2, ultimo comma, della direttiva 2004/18, spetta agli Stati membri, nel rispetto del diritto dell'Unione, precisarne le «condizioni di applicazione».
- 31 Conformemente a una giurisprudenza costante, l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede un'uniformità di applicazione a livello dell'Unione delle cause di esclusione ivi indicate, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale applicabili 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 (sentenza del 14 dicembre 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).
- 32 Gli Stati membri dispongono quindi di un potere discrezionale certo nella determinazione delle condizioni di applicazione delle cause facoltative di esclusione previste all'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18.
- 33 Per quanto riguarda la causa facoltativa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), di tale direttiva, che consente all'amministrazione aggiudicatrice di escludere dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto un offerente nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato di cui trattasi, per un reato che incida sulla moralità professionale di tale offerente, occorre rilevare anzitutto che essa non precisa in che misura reati commessi da dirigenti o amministratori di una persona giuridica possano condurre all'esclusione di quest'ultima in forza di tale disposizione.

- 34 Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 54 e 58 delle sue conclusioni, il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa. È quindi senz'altro possibile per gli Stati membri, nell'esercizio della loro competenza a stabilire le condizioni di applicazione delle cause facoltative di esclusione, prendere in considerazione, tra gli elementi rilevanti ai fini della valutazione dell'integrità dell'impresa offerente, l'eventuale esistenza di condotte degli amministratori di tale impresa contrarie alla moralità professionale.
- 35 A tale riguardo, l'articolo 45, paragrafo 1, in fine, della direttiva 2004/18 ammette, nell'ambito delle cause obbligatorie di esclusione, che il diritto nazionale possa tener conto dell'esistenza di condotte riprovevoli da parte degli amministratori della persona giuridica. Nulla osta quindi a che gli Stati membri, qualora mettano in atto la causa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, ritengano che la condotta di un amministratore che rappresenta l'impresa offerente sia imputabile a quest'ultima.
- 36 Il fatto di prendere in considerazione, nell'ambito della causa di esclusione prevista all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, la condotta degli amministratori di un offerente costituito come persona giuridica non configura quindi un'«estensione» dell'ambito di applicazione di tale causa di esclusione, bensì costituisce un'attuazione del medesimo che preserva l'effetto utile di detta causa di esclusione.
- 37 Inoltre, nemmeno la circostanza che gli elementi fattuali che possono condurre all'esclusione dell'offerente risultino dalla condotta di un amministratore che ha cessato le proprie funzioni alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto può ostare all'applicazione di tale causa di esclusione.
- 38 Infatti, detta causa di esclusione riguarda, con ogni evidenza, il comportamento illecito tenuto da un operatore economico anteriormente alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Spetta allo Stato membro determinare, tenendo conto del principio di proporzionalità, la data a decorrere dalla quale un siffatto comportamento può giustificare l'esclusione dell'offerente.
- 39 Per quanto riguarda, inoltre, la questione se un reato abbia o meno inciso sulla moralità professionale dell'impresa offerente, si deve constatare che la partecipazione all'emissione di fatture false da parte dell'amministratore di una società può essere ritenuta un reato che incide sulla moralità professionale.
- 40 Infine, per quanto concerne la condizione secondo cui la sentenza deve essere passata in giudicato, va osservato che tale condizione è stata soddisfatta nel procedimento principale, dato che la decisione di esclusione è stata adottata dopo che la sentenza relativa al sig. B. era passata in giudicato.

- 41 Conformemente alla giurisprudenza citata al punto 31 della presente sentenza, lo Stato membro ha il diritto di attenuare le condizioni dell'applicazione delle cause facoltative di esclusione e, pertanto, di rinunciare ad applicare una causa di esclusione in caso di dissociazione dell'impresa offerente dalla condotta che costituisce reato. In tal caso, esso ha altresì il diritto di determinare le condizioni di tale dissociazione e di richiedere, come avviene nel diritto italiano, che l'impresa offerente informi l'amministrazione aggiudicatrice della condanna subita dal suo amministratore, anche se tale condanna non è ancora definitiva.
- 42 L'impresa offerente, che deve soddisfare tali condizioni, può presentare tutte le prove che, a suo avviso, dimostrano una siffatta dissociazione.
- 43 Se detta dissociazione non può essere dimostrata in modo tale da convincere l'amministrazione aggiudicatrice, ne consegue necessariamente che si applica la causa di esclusione.
- 44 Tenuto conto di quanto rilevato al punto 27 della presente sentenza, l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18 si presta ad essere applicato in una situazione in cui la sentenza che constata un reato che incide sulla moralità professionale dell'amministratore di un'impresa offerente non sia ancora definitiva. Tale disposizione consente l'esclusione di un'impresa offerente che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 45 A tale riguardo, si deve constatare che i rilievi di cui ai punti da 34 a 43 della presente sentenza sono validi e applicabili mutatis mutandis per quanto concerne l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale.
- 46 Rispetto all'applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, una delle differenze consiste nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice può provare, con «qualsiasi mezzo di prova», la sussistenza di un siffatto errore grave.
- 47 A tal fine, una decisione di tipo giurisdizionale, pur non ancora definitiva, può, a seconda dell'oggetto di tale decisione, fornire all'amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave errore professionale, ove tale decisione può comunque essere sottoposta a controllo giurisdizionale.
- 48 Va aggiunto che, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera g), della direttiva 2004/18, un offerente può essere escluso se si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni, ma anche qualora non fornisca le informazioni che possono essere richieste a norma della sezione 2 del capo VII del titolo II di tale direttiva, vale a dire quelle riguardanti i «criteri di selezione qualitativa». In tal senso, il fatto di non informare l'amministrazione aggiudicatrice della condotta penalmente rilevante dell'ex amministratore può anch'esso costituire un elemento che consente,

in forza di tale disposizione, di escludere un offerente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

- 49 Per quanto riguarda l'articolo 45, paragrafo 3, primo comma, lettera a), della suddetta direttiva, è sufficiente osservare che il giudice del rinvio non spiega in che misura l'interpretazione di tale disposizione sia necessaria, tenuto conto dei fatti di cui al procedimento principale.
- 50 Il giudice del rinvio, nella sua questione pregiudiziale, fa inoltre riferimento a diversi principi, dei quali solo alcuni sono assurti al rango di principi del diritto dell'Unione, senza meglio precisare sotto quale profilo, riguardo ai fatti del caso di specie, essi possano risultare pertinenti e ostare alla normativa nazionale di cui al procedimento principale.
- 51 Quanto al principio della parità di trattamento, è sufficiente, in tali circostanze, osservare che, tenuto conto dell'obiettivo di tale normativa, che mira a tutelare l'integrità della procedura di appalto pubblico, la situazione di un'impresa offerente il cui amministratore abbia commesso un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa o un grave errore professionale non può essere ritenuta equiparabile a quella di un'impresa offerente il cui amministratore non si sia reso colpevole di una siffatta condotta.
- 52 Per quanto riguarda i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di trasparenza, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale non emerge in che misura potrebbe rendersi necessario interpretarli, tenuto conto del procedimento principale.
- 53 Riguardo al principio di proporzionalità, occorre esaminare la sua applicazione sotto il profilo dell'incidenza della data a decorrere dalla quale il comportamento illecito dell'amministratore può essere ritenuto idoneo a determinare l'esclusione dell'impresa offerente. Infatti, in caso di data eccessivamente risalente, la normativa nazionale potrebbe essere idonea a restringere l'ambito di applicazione delle direttive dell'Unione in materia di appalti pubblici.
- 54 A tale riguardo, la considerazione di un comportamento illecito nel corso dell'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara di appalto pubblico non appare sproporzionata, tanto più che la normativa di cui al procedimento principale prevede che l'impresa possa dimostrare di essersi effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suo amministratore.
- 55 Tenuto conto dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che la direttiva 2004/18, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c), d) e g), di tale direttiva, nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consente all'amministrazione aggiudicatrice:

- di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico, e
- di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore.

Sulle spese

56 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 (Quarta Sezione) dichiara:

La 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, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere c), d) e g), di tale direttiva, nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consente all'amministrazione aggiudicatrice:

- **di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell'amministratore di un'impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara d'appalto pubblico, e**
- **di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l'impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore.**

von Danwitz
Jürimäe

Vajda

Juhász
Lycourgos

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo, il 20 dicembre 2017.

Il cancelliere

Il presidente della
Quarta Sezione

A. Calot Escobar

T. von Danwitz

* Lingua processuale: l'italiano.

IL CASO.it