Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 21 gennaio 2016 [1]

Causa C-27/15

Pippo Pizzo e altri
contro
CRGT srl

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italia)]

«Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Partecipazione a una gara d'appalto — Possibilità di avvalersi delle capacità di un'altra impresa per soddisfare i requisiti necessari — Mancato pagamento di un contributo non espressamente previsto — Esclusione dell'offerente»

1. Il presente rinvio pregiudiziale offre alla Corte una nuova occasione per approfondire la sua giurisprudenza sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare sulla direttiva 2004/18/CE [2].

2. Da un lato, si chiede ancora una volta se un offerente possa avvalersi delle capacità di terzi per soddisfare le condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione, problema relativamente semplice da risolvere alla luce della giurisprudenza della Corte.

3. Dall'altro – e si tratta di un problema più complesso –, il giudice del rinvio chiede lumi sulla possibilità che taluni requisiti di ammissibilità alla procedura di aggiudicazione non figurino espressamente nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel disciplinare di gara, ma siano desumibili da norme nazionali di portata generale.

4. Riguardo a tale secondo problema, propongo alla Corte un'interpretazione attenuata della sua giurisprudenza secondo cui i documenti di gara devono indicare espressamente tutte le condizioni dell'appalto. A tal fine mi baserò sulla logica che ritengo intrinseca all'idea dell'«offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente» quale criterio ispiratore di detta giurisprudenza.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Direttiva 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 L 134, pag. 114).

I – **Ambito normativo**

A – *Diritto dell'Unione*

1. Direttiva 2004/18

5. L'articolo 2 della direttiva 2004/18 dispone che «[l]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

6. L'articolo 47 di detta direttiva così recita:

«1. In linea di massima, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:

a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali;

b) bilanci o estratti di bilanci, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese nel quale l'operatore economico è stabilito;

c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (…).

2. Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.

(…)».

7. Ai sensi dell'articolo 48 della direttiva 2004/18:

«1. Le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate e verificate secondo i paragrafi 2 e 3.

(…)

3. Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.

(…)».

2. Direttiva 2014/24/UE [3]

8. A tenore dell'articolo 63 della direttiva 2014/24:

«1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria (…) e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali (…), un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. (…) Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.

(…)

Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

(…)

2. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento».

B – *Diritto nazionale*

1. Decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 [4]

9. L'articolo 49 del decreto legislativo n. 163/2006 dispone quanto segue:

«1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione (…) SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

(...)

6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni (...)».

3 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU L 94, pag. 65).

4 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI n. 100 del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107), come modificato dal decreto legislativo dell'11 settembre 2008, n. 152 (GURI n. 231 del 2 ottobre 2008, supplemento ordinario n. 227; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»).

2. Legge del 23 dicembre 2005, n. 266 [5]

10. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 67, primo comma, della legge n. 266/2005, «[l]'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (…) determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche».

II – **Fatti**

11. Nel novembre 2012 l'Autorità portuale di Messina indiceva una procedura aperta, di rilevanza europea, per l'aggiudicazione del servizio quadriennale di gestione dei rifiuti e residui delle navi facenti scalo entro la circoscrizione territoriale dell'Autorità. Tale servizio era precedentemente gestito dall'impresa CRGT srl (in prosieguo: la «CRGT»).

12. La prestazione di servizi veniva aggiudicata all'associazione temporanea di imprese Pippo Pizzo e Onofaro Antonino (in prosieguo: la «Pizzo»), essendo emerso che altre società concorrenti, tra cui la CRGT, non avevano pagato all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (in prosieguo: l'«AVCP») il contributo previsto dalla legge n. 266/2005 cui era subordinata l'ammissibilità delle offerte, cosicché dette società erano state escluse dalla gara.

13. La CRGT proponeva ricorso contro la sua esclusione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (sezione staccata di Catania, sezione IV). La Pizzo presentava un ricorso incidentale sostenendo che la CRGT avrebbe dovuto essere esclusa anche a motivo del fatto che aveva fornito solo una delle due dichiarazioni bancarie prescritte dal bando per dimostrare la sua capacità economica e finanziaria.

14. Il tribunale di primo grado, ritenendo illegittima l'esclusione della CRGT dalla gara, ne accoglieva il ricorso, in quanto a) i documenti di gara non prevedevano il pagamento del contributo di cui alla legge n. 266/2005; b) tale contributo riguarda espressamente le opere pubbliche, ma non gli appalti di servizi e c) detto contributo può essere applicato agli appalti di servizi solo in virtù di un'interpretazione estensiva della legge n. 266/2005 che, per il principio di tassatività delle cause di esclusione, non può pregiudicare gli offerenti i quali abbiano ritenuto, senza colpa, che il contributo controverso non fosse esigibile nel caso di specie.

15. Inoltre, il tribunale di primo grado respingeva il ricorso incidentale della Pizzo, dichiarando che la CRGT poteva avvalersi, come aveva effettivamente fatto, della capacità economica e finanziaria di un'impresa ausiliaria con la quale aveva concluso un contratto a tal fine.

16. La Pizzo ha proposto un ricorso dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, cui la CRGT si è opposta riproponendo i motivi aggiunti formulati in primo grado che non rilevano ai fini del presente procedimento.

17. In tali circostanze, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha deciso di procedere al rinvio pregiudiziale.

5 — Legge finanziaria 2006 (GURI n. 302 del 29 dicembre 2005, supplemento ordinario n. 211; in prosieguo: la «legge n. 266/2005»).

III – **Questione pregiudiziale**

18. La domanda di pronuncia pregiudiziale, registrata presso la cancelleria della Corte il 22 gennaio 2015, solleva le seguenti questioni:

«1) Se gli articoli 47 e 48 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, debbano essere interpretati nel senso che essi ostino a una normativa nazionale, come quella italiana sopra descritta, che consente l'avvalimento frazionato, nei termini sopra indicati, nell'ambito dei servizi.

2) Se i principi del diritto dell'Unione europea, e segnatamente quelli di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità, ostino, o no, a una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di evidenza pubblica un'impresa che non abbia percepito, perché non espressamente indicato dagli atti di gara, un obbligo – il cui inadempimento sia sanzionato con l'esclusione – di provvedere al versamento di un importo per i fini della partecipazione alla predetta procedura e ciò nonostante che l'esistenza di detto obbligo non sia chiaramente desumibile sulla base del tenore letterale della legge vigente nello Stato membro, ma sia tuttavia ricostruibile a seguito di una duplice operazione giuridica, consistente, dapprima, nell'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, nella integrazione – in conformità agli esiti di tale interpretazione estensiva – del contenuto precettivo degli atti di gara».

19. Il giudice del rinvio ritiene, per quanto riguarda la prima questione, che la direttiva 2014/24 potrebbe avere imposto limiti alla possibilità di avvalersi delle capacità di terzi al fine di soddisfare i criteri per l'assegnazione dell'appalto.

20. Quanto alla seconda questione, il Consiglio di Giustizia si chiede poi se i principi di tutela del legittimo affidamento, di proporzionalità, di certezza del diritto e del favor participationis non obblighino a concedere alla società interessata un breve termine per rimediare all'inadempienza dell'obbligo di pagamento.

IV – **Procedimento dinanzi alla Corte e argomenti delle parti**

21. Sono comparsi nel procedimento e hanno presentato osservazioni scritte il governo italiano e la Commissione.

A – *Prima questione*

22. Per quanto concerne la prima questione formulata dal giudice del rinvio, il governo italiano sostiene che la sua ricevibilità è dubbia, in quanto detto giudice non ha spiegato le «ipotesi di fatto» su cui è fondata detta questione e, pertanto, non avrebbe fornito né alla Corte né alle parti interessate gli strumenti per prendere posizione sul problema sollevato.

23. Secondo il governo italiano, il riferimento alla direttiva 2014/24 è fuori luogo, data la sua inapplicabilità al caso di specie e tenuto conto del fatto che il termine di recepimento della medesima non è ancora scaduto. In ogni caso, detta direttiva non sarebbe meno favorevole della direttiva 2004/18 all'avvalimento delle capacità di terzi.

24. Nel merito, il governo italiano sostiene che il problema potrebbe essere risolto alla luce dei principi affermati nella sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino [6], relativa a una situazione di fatto che non presenta differenze rilevanti sotto il profilo giuridico rispetto a quella dibattuta nel procedimento a quo.

25. Pertanto, il governo italiano ritiene che non sussista alcuna incompatibilità tra la direttiva 2004/18 e le norme di diritto interno contenute nell'articolo 49 del decreto legislativo n. 163/2006.

26. La Commissione condivide il parere del governo italiano secondo cui la risposta alla prima questione sarebbe desumibile dalla giurisprudenza elaborata nella citata causa Swm Costruzioni. La Corte ha ammesso che un operatore economico possa far valere, oltre alle proprie capacità, quelle di uno o più terzi al fine di soddisfare le condizioni minime richieste e non interamente soddisfatte dall'operatore stesso.

27. Per quanto riguarda la direttiva 2014/24, la Commissione rileva, concordando con il governo italiano anche a tale riguardo, che essa non è applicabile ratione temporis al caso di specie.

28. Di conseguenza, la Commissione afferma che gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale quale quella richiamata dal giudice del rinvio.

B – *Seconda questione*

29. Per quanto concerne la seconda questione, il governo italiano non ravvisa la violazione di nessuno dei principi elencati nell'ordinanza di rinvio. Esso rileva che l'articolo 46, paragrafo 1 bis, del decreto legislativo n. 163/2006 individua quali cause di esclusione, oltre a quelle indicate dal medesimo decreto legislativo e dal bando di gara, quelle previste «da altre disposizioni di legge vigenti». Ne conseguirebbe, a suo avviso, che il fatto che la lex specialis non menzionasse tra le cause di esclusione il mancato pagamento del contributo all'AVCP non è circostanza idonea a rendere incolpevole l'inadempimento dell'offerente. Quest'ultimo sarebbe tenuto a conoscere tutte le disposizioni normative che cristallizzano le cause di esclusione obbligatorie e che, appunto, integrano eventualmente il bando.

30. Il governo italiano sostiene altresì che gli offerenti non potrebbero ovviare alle carenze delle loro offerte dopo la scadenza del termine di presentazione, posto che i relativi dati possono essere solo corretti o completati su singoli punti, ai sensi della sentenza Manova [7]. L'amministrazione aggiudicatrice potrebbe consentire agli offerenti di ovviare a determinate carenze relative alle condizioni soggettive di partecipazione, ma non di regolarizzare il mancato pagamento di un contributo. Diversamente, si permetterebbe di acquisire una condizione di partecipazione non soddisfatta a tempo debito, in violazione dei principi di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza.

31. Secondo il governo italiano, solo qualora si tratti di un inadempimento meramente formale (pagamento con modalità diverse da quelle legalmente richieste o mancanza della prova che il pagamento è stato effettuato nei termini e modi dovuti) si potrebbe concedere all'offerente la possibilità di dimostrare che il corrispondente requisito era effettivamente soddisfatto.

6 — C-94/12, EU:C:2013:646; in prosieguo: la «sentenza Swm Costruzioni».

7 — C-336/12, EU:C:2013:647, punto 32.

32. Conseguentemente, il governo italiano propone di rispondere alla seconda questione nel senso che i principi invocati dal giudice del rinvio non ostano a una normativa nazionale che consente di escludere l'offerente che non abbia ottemperato ad un obbligo che, pur non essendo espressamente previsto dalla legge per la tipologia di appalto pubblico in questione, sia tuttavia ricostruibile in ragione dell'interpretazione di talune disposizioni di legge costantemente fornita dalla pubblica amministrazione dello Stato in questione.

33. La Commissione, dal suo canto, ritiene che la seconda questione verta specificamente sull'interpretazione del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza. A suo avviso, tali principi implicano che l'amministrazione aggiudicatrice debba indicare con chiarezza le condizioni di gara, al fine di permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di esserne a conoscenza. La Commissione rileva che, del resto, la direttiva 2004/18 prevede che le cause di esclusione devono figurare nel bando di gara.

34. Secondo la Commissione, tali requisiti non sarebbero soddisfatti quando un obbligo sanzionato con l'esclusione (nel caso di specie, il pagamento di un contributo a un'autorità amministrativa) non sia espressamente previsto dai documenti di gara e non risulti neppure dal diritto positivo nazionale, ma si ricavi soltanto per mezzo di un'interpretazione estensiva di detto diritto tale da colmare la lacuna che sarebbe altrimenti ravvisabile nei documenti in parola. A parere della Commissione, tale situazione sarebbe particolarmente pregiudizievole, oltre che per gli operatori economici nazionali, anche per quelli stabiliti negli altri Stati membri, i quali rischierebbero di trovarsi in una situazione di svantaggio competitivo.

35. La Commissione sostiene, inoltre, che i principi di parità di trattamento e di proporzionalità dovrebbero essere interpretati nel senso che non ostano alla concessione all'operatore economico della possibilità di adempiere, in un termine fissato dall'autorità aggiudicatrice, l'obbligo di pagamento controverso.

V – **Analisi**

A – *Prima questione*

36. Il governo italiano, pur considerando dubbia l'ammissibilità della questione, non si spinge fino ad eccepirne l'irricevibilità. Invero, non vi sono motivi per respingere in limine il dubbio del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana relativo alla compatibilità con gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 della normativa nazionale che, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, consente a un operatore economico di ricorrere all'avvalimento in forma frazionata delle capacità di terzi per soddisfare i criteri di partecipazione a detta procedura.

37. Tuttavia, concordo con il governo italiano e la Commissione quanto all'applicazione nella presente fattispecie della giurisprudenza elaborata dalla Corte nella causa Swm Costruzioni, poiché l'una e l'altra sono sostanzialmente identiche sotto i profili giuridici dibattuti.

38. Nella causa Swm Costruzioni, la Corte ha dichiarato che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 «non vietano, in via di principio, ai candidati o agli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità. A fortiori, tali disposizioni non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice» [8].

8 — C-94/12, EU:C:2013:646, punto 30.

39. Secondo la Corte, siffatta possibilità non è incondizionata, bensì subordinata alla circostanza che «si dimostri [all'amministrazione aggiudicatrice] che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto» [9].

40. È vero che la Corte non esclude l'esistenza di «lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori» [10], situazione nella quale si può «esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto» [11]. Tuttavia, la Corte ha considerato che «tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale» [12] e ha quindi dichiarato che «la direttiva 2004/18 osta a che la summenzionata esigenza assurga a regola generale nella disciplina nazionale, come invece prevede una disposizione quale l'articolo 49, sesto comma, del decreto legislativo n. 163/2006» [13].

41. Alla luce delle suesposte considerazioni, si può rispondere alla questione sollevata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana negli stessi termini in cui si è pronunciata la Corte nella sentenza Swm Costruzioni. Peraltro, è d'uopo rilevare, alla stregua della Commissione [14], che nella fattispecie non ricorre l'ipotesi eccezionale che, secondo il punto 35 di detta sentenza, consentirebbe di «esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico», dato che la capacità in discussione è di ordine puramente economico.

42. Il giudice del rinvio afferma che, al di là di quanto emerge dalla direttiva 2004/18, la direttiva 2014/24 potrebbe avere imposto limiti più severi alla possibilità di avvalersi delle capacità di terzi al fine di soddisfare i criteri per l'assegnazione degli appalti. Dal canto loro, il governo italiano e la Commissione concordano nel ritenere che quest'ultima direttiva non sia applicabile all'ipotesi controversa. Condivido pienamente tale valutazione.

43. Lo stesso giudice del rinvio riconosce che il termine di trasposizione della direttiva 2014/24 non è ancora scaduto, il che è sufficiente per escluderne l'applicabilità nella presente causa, ma invoca l'«obbligo, in capo ai giudici nazionali, di selezionare e di prediligere, tra tutte le possibili interpretazioni del diritto interno, soltanto le esegesi conformi alle norme [di diritto dell'Unione] da recepire» [15].

44. La giurisprudenza della Corte impone agli Stati membri di «astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva» in pendenza del termine per trasporla [16], ma non si spinge fino ad imporre al giudice nazionale di interpretare il suo diritto interno in modo pienamente conforme a una direttiva il cui termine di attuazione non sia ancora scaduto.

45. Peraltro, appare discutibile la tesi del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, secondo cui la direttiva 2014/24 sarebbe più restrittiva della direttiva 2004/18 per quanto riguarda la possibilità di avvalersi delle capacità di terzi, tema sul quale non ritengo necessario formulare ulteriori riserve nel merito, data la sua irrilevanza ai fini della controversia.

9 — C-94/12, EU:C:2013:646, punto 33.

10 — C-94/12, EU:C:2013:646, punto 35.

11 — Ibidem.

12 — C-94/12, EU:C:2013:646, punto 36.

13 — Ibidem.

14 — Punto 30 delle sue osservazioni scritte.

15 — Punto C1 dell'ordinanza di rinvio.

16 — Sentenza Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628) punto 45.

46. Di conseguenza, sono dell'avviso che gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 non ostino a una normativa nazionale che, nelle circostanze del caso dibattuto nel procedimento principale, consente l'avvalimento in forma frazionata delle capacità di altre imprese al fine di soddisfare i criteri di selezione.

B – *Seconda questione*

47. La seconda questione posta dal giudice del rinvio mi sembra più delicata. La divergenza tra le posizioni propugnate dal governo italiano e dalla Commissione testimonia la sua difficoltà. Mentre il primo sostiene che l'operatore escluso non potesse ignorare l'obbligatorietà della condizione controversa (il previo pagamento del contributo all'AVCP), la seconda ritiene che detta condizione possa essere imposta solo se figura espressamente nei documenti di gara o emerge con chiarezza dal diritto positivo vigente.

48. In realtà, a mio parere, le due posizioni sono più vicine di quanto non si possa supporre. Il governo italiano, infatti, si è basato sul criterio dell'obbligatorietà quanto alla conoscenza della condizione controversa, mentre la Commissione ha concentrato l'attenzione sul criterio della pubblicità. In definitiva, si tratta di due prospettive complementari, in quanto la pubblicità serve a far conoscere la condizione e tale conoscenza è possibile (ed esigibile) solo se detta condizione è stata debitamente pubblicizzata.

49. La giurisprudenza della Corte ha insistito sulla necessità che «tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione» [17].

50. L'obbligo di pubblicità «chiara, precisa e univoca» discende, in primo luogo, dal principio della parità di trattamento, che «impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti» [18] e, in secondo luogo, dal principio di trasparenza, il cui scopo è «eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice» [19]. Tali principi di parità di trattamento e di trasparenza della procedura sono richiamati dall'articolo 2 della direttiva 2004/18 in quanto «principi di aggiudicazione degli appalti» ai quali le autorità aggiudicatrici devono attenersi.

51. Non vi è dubbio, pertanto, che gli offerenti debbano essere in grado di conoscere le condizioni della gara d'appalto, il che risponde ad elementari esigenze di uguaglianza e trasparenza. È invece più discutibile se *tutti* i requisiti di ammissibilità alla gara debbano espressamente figurare nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o se, al contrario, determinati requisiti, di carattere generale, possano essere considerati noti anche quando non risultino esplicitamente da tali documenti.

52. A mio parere, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dall'obbligo di pubblicità delle condizioni – che altro non è se non garantire la comprensione del loro contenuto e della loro portata da parte di «tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti» –, non sarebbe logico che le amministrazioni aggiudicatrici fossero tenute anche a specificare le condizioni il cui rispetto sia imposto da disposizioni normative di portata generale che un offerente «ragionevolmente informato e

17 — Sentenza Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) punto 44, che richiama la sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta(C-496/99 P, EU:C:2004:236) punti da 108 a 111.

18 — Ibidem.

19 — Ibidem.

normalmente diligente» non possa ignorare. Penso, ad esempio, ai requisiti essenziali che, nell'ambito del diritto civile e commerciale, influiscono sulla capacità giuridica delle persone e delle società: nessun operatore economico può ignorare tali requisiti né pretendere che essi risultino espressamente e dettagliatamente dalla documentazione della gara d'appalto.

53. È vero che possono sorgere dubbi in ordine ad altri requisiti meno «evidenti» o, se si preferisce, meno «logici» o «naturali», ma l'ignoranza di questi da parte di un offerente minimamente diligente e informato è inescusabile. Proprio la diligenza e l'informazione ragionevolmente esigibili da un offerente costituiscono, a mio avviso, il criterio decisivo per la piena comprensione della ratio cui rispondono l'articolo 2 della direttiva 2004/18 e l'interpretazione dei principi di uguaglianza e trasparenza che la Corte fornisce in tale contesto [20].

54. Il governo italiano ha sostenuto nelle sue osservazioni scritte [21] che l'articolo 46, paragrafo 1 bis, del decreto legislativo n. 163/2006 individua quali cause di esclusione, oltre a quelle previste dal medesimo decreto legislativo e dal bando di gara, quelle prescritte «da altre disposizioni di legge vigenti». Tali «altre disposizioni di legge» potrebbero comprendere quelle relative agli obblighi tributari comuni a tutti gli offerenti, che questi ultimi dovrebbero assolvere a pena di esclusione dalla gara.

55. L'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2004/18 non richiede, in particolare, che il capitolato d'oneri specifichi dettagliatamente tutti gli «obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro». Gli offerenti o i candidati non cessano di essere soggetti a tali obblighi – il cui inadempimento può eventualmente comportare la loro esclusione – in ragione del fatto che i medesimi non figurano espressamente nei documenti di gara.

56. Spetta al diritto italiano, secondo l'interpretazione datane dai suoi stessi giudici, stabilire se il contributo all'AVCP possa essere qualificato, in base alle sue caratteristiche, come un obbligo di natura tributaria, in senso ampio. Spetta del pari ai giudici italiani determinare (accogliendo o respingendo l'interpretazione fornita dall'autorità pubblica destinataria del contributo) gli ambiti soggettivo e oggettivo di applicazione dell'articolo 1, commi 65 e 67, della legge n. 266/2005, relativi al contributo il cui mancato pagamento ha comportato l'esclusione della CRGT dalla gara.

57. La Corte non dovrebbe intervenire sulla questione – che qualificherei come di ordine meramente interno – se le autorità amministrative o giurisdizionali italiane abbiano interpretato in maniera più o meno estensiva i precetti della legge n. 266/2005. Se, come si evince dall'ordinanza di rinvio, l'AVCP ha costantemente interpretato detta legge nel senso che l'obbligo di pagare il contributo si applica agli appalti di servizi, e tale criterio è stato confermato dal Consiglio di Stato in quanto giudice cui spetta l'ultima parola sul diritto interno, occorre attenervisi.

58. Le medesime considerazioni valgono per l'effetto escludente del mancato pagamento del contributo. Anche a tale proposito – sempre secondo le risultanze agli atti –, tanto l'AVCP quanto i giudici che si sono pronunciati confermando la sua valutazione hanno ritenuto che la violazione dell'obbligo di versare detto contributo, previsto dalla norma imperativa ma non dal capitolato d'oneri, comporti inevitabilmente l'esclusione dalla gara.

59. Tutto indica che l'interpretazione nel senso della legittimità, sottesa all'applicazione dell'articolo 1, commi 65 e 67, della legge n. 266/2005 agli appalti di servizi, deriva dalla dottrina sviluppata dall'autorità amministrativa competente, l'AVCP, a partire quanto meno dal 2008. Tale interpretazione sembra essere stata confermata dal supremo giudice amministrativo nazionale in una giurisprudenza il

20 — Oltre alle citate sentenze Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) e Commissione/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236) occorre menzionare, inter alia, le sentenze SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647) ed eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Punto 66.

cui inizio non è stato precisato nel presente procedimento. Ad ogni modo, è logico pensare che si tratti di una dottrina applicata costantemente dall'AVCP in tutti i casi relativi ad appalti pubblici di servizi (infatti, il governo italiano elenca varie decisioni in tal senso adottate dall'AVCP in anni successivi) e si deve presumere, in definitiva, che l'operatore economico escluso nel procedimento a quo (la CRGT), che aveva gestito in precedenza il servizio oggetto dell'appalto, la conoscesse o potesse conoscerla.

60. Con tali riserve, si può dunque parlare di una causa di esclusione che, pur non comparendo espressamente nel bando di gara né nel capitolato d'oneri, si è configurata attraverso l'interpretazione costante, giudizialmente autorizzata, di una disposizione di legge. L'interpretazione propugnata dall'AVCP e confermata dalla giurisprudenza depone nel senso dell'irricevibilità delle offerte presentate senza versare il contributo.

61. Ammetto che, teoricamente, la si potrebbe considerare alla stregua di una condizione difficile da identificare, così che la sua imposizione non sarebbe compatibile, in linea di principio, con la giurisprudenza della Corte in tale materia. Ritengo tuttavia che, limitandosi al criterio dell'offerente normalmente diligente e informato, si giungerebbe a una conclusione diversa, anche se, come espongo qui di seguito, forse la Corte non si trova nella posizione migliore per stabilirlo.

62. Infatti, solo il giudice del rinvio è in grado di valutare se, nelle specifiche circostanze del caso di specie, l'offerente escluso non potesse ignorare l'interpretazione della legge n. 266/2005 né la prassi seguita in questo tipo di gare e consolidatasi attraverso un'applicazione amministrativa costante, secondo la quale il contributo all'AVCP deve essere versato anche nell'ambito degli appalti di servizi. A tal fine può essere utile verificare se l'offerente escluso abbia partecipato a gare con le medesime caratteristiche e nelle quali la clausola controversa sia stata considerata applicabile in base all'interpretazione della legge n. 266/2005 adottata dall'AVCP.

63. In definitiva, spetta al giudice del rinvio stabilire se la dottrina dell'AVCP e la giurisprudenza del Consiglio di Stato siano sufficientemente note tra le imprese che partecipano a gare d'appalto per ritenere che un offerente diligente e informato non potesse ignorarle.

64. Quest'ultima affermazione conduce ad un'altra che mi sembra rilevante sotto il profilo del principio della parità di trattamento. Qualora si accertasse che, di fatto, la maggior parte degli offerenti è a conoscenza dell'orientamento dell'AVCP e pertanto versa debitamente il contributo controverso, si porrebbe in essere un comportamento discriminatorio qualora si dispensasse da tale obbligo un offerente in particolare.

65. È vero che, come rilevato dalla Commissione [22], l'imposizione di una clausola come quella in esame può essere particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione autentica può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali. Tuttavia, il criterio dell'offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente – elemento chiave della soluzione da me proposta – permette di ovviare a tale inconveniente, poiché il grado di informazione e diligenza deve essere proporzionato in ciascun caso alle caratteristiche dello specifico offerente, cosicché, nel caso di specie, l'ignoranza che può essere inescusabile per la CRGT potrebbe non esserlo per un offerente straniero.

66. Rimane, infine, il dubbio sulla possibilità di porre rimedio alla violazione dell'obbligo di pagamento del contributo previsto dalla legge n. 266/2005. A tale proposito ritengo, al pari della Commissione, che, qualora il giudice del rinvio consideri scusabile il fatto che un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente ignorasse l'esistenza di detto obbligo, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe concedere a tale offerente un termine sufficiente per sanare l'irregolarità. Tale

22 — Punto 38, in fine, delle sue osservazioni scritte.

conseguenza si desume, a contrario, dalla giurisprudenza della Corte secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice non deve ammettere «qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente» [23]. Ciò varrebbe per l'appunto nel caso della violazione di un obbligo che non sia deducibile dalle «espresse disposizioni dei [suddetti] documenti».

67. Riassumendo, il diritto dell'Unione non osta a una normativa nazionale che consenta di escludere da una procedura di appalto pubblico un offerente che non abbia adempiuto un obbligo di natura tributaria nel caso in cui detto obbligo, pur non essendo espressamente previsto dal bando di gara né dal capitolato d'oneri, sia imposto dalla costante interpretazione amministrativa, sancita giudizialmente, della legge interna applicabile, sempre che tale circostanza non possa essere ignorata da un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente, elemento che spetta al giudice nazionale verificare. Qualora si ammetta che l'ignoranza di tale obbligo non è inescusabile, l'amministrazione aggiudicatrice deve concedere all'offerente escluso un termine sufficiente per porre rimedio alla sua violazione.

VI – **Conclusione**

68. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali nei seguenti termini:

«1) Gli articoli 47 e 48 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, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che consente l'avvalimento frazionato, nei termini sopra indicati, nell'ambito dei servizi.

2) I principi del diritto dell'Unione europea, e segnatamente quelli della parità di trattamento e di trasparenza, non ostano a una normativa nazionale che consenta di escludere da una procedura di appalto pubblico un offerente che non abbia adempiuto ad un obbligo di natura tributaria nel caso in cui detto obbligo, pur non essendo espressamente previsto dal bando di gara né dal capitolato d'oneri, sia imposto dalla costante interpretazione amministrativa, sancita giudizialmente, della legge interna applicabile, sempre che tale circostanza non possa essere ignorata da un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente, elemento che spetta al giudice nazionale verificare. Qualora si ammetta che l'ignoranza di tale obbligo non è inescusabile, l'amministrazione aggiudicatrice deve concedere all'offerente escluso un termine sufficiente per porre rimedio alla sua violazione».

23 — Sentenza Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) punto 46.