

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate l'11 luglio 2019 (1)

Causa C-395/18

Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA
contro
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
nei confronti di:
E-VIA SpA

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia)]

«Questione pregiudiziale – Direttiva 2014/24/UE – Aggiudicazione di appalti pubblici – Motivi di esclusione facoltativa – Esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di appalto a causa di una violazione di un subappaltatore da esso proposto – Violazione di obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui all'articolo 18, paragrafo 2 – Esclusione dell'offerente – Articolo 71 – Articolo 57, paragrafo 4, lettera a)»

1. Un'amministrazione aggiudicatrice italiana (la Consip SpA) (2) ha indetto una pubblica gara d'appalto per la prestazione di taluni servizi, prevedendo nel disciplinare la possibilità di subappaltarli. Per avvalersi di tale possibilità, i candidati dovevano indicare nelle loro offerte che intendevano subappaltare parte di detti servizi, nonché designare una terna di subappaltatori.
2. Uno dei concorrenti (la Tim SpA) ha dichiarato nella sua offerta che avrebbe subappaltato alcuni servizi oggetto dell'appalto e ha indicato il nome di tre subappaltatori. Poiché uno di essi era incorso in un motivo di esclusione facoltativa (essendosi reso colpevole di violazioni in materia di diritto sociale e del lavoro), l'amministrazione aggiudicatrice ha escluso l'offerente dalla procedura.
3. Il giudice del rinvio intende sapere, in sintesi, se la direttiva 2014/24/UE (3) consenta all'amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente dalla procedura di appalto per cause che riguardano il subappaltatore proposto nell'offerta.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/24

4. Il considerando 101 enuncia quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali (...).

(...).

Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione».

5. Ai sensi del considerando 105:

«È importante che l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, sia garantita (...).

(...)

Dovrebbe essere altresì chiarito che le condizioni relative al controllo del rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, dovrebbero essere applicate ogniqualvolta il diritto nazionale di uno Stato membro preveda un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale. Inoltre, dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio, estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico. Nell'applicare tali misure ai subappaltatori, occorre garantire la coerenza con le disposizioni applicabili ai contraenti principali, facendo in modo che l'esistenza di motivi obbligatori di esclusione comporti l'obbligo per il contraente principale di sostituire il subappaltatore. Qualora dalle verifiche risulti la presenza di motivi non obbligatori di esclusione, andrebbe precisato che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere la sostituzione. Si dovrebbe tuttavia indicare esplicitamente anche che le amministrazioni aggiudicatrici possono essere tenute a chiedere la sostituzione del subappaltatore in questione quando in tali casi l'esclusione del contraente principale sarebbe obbligatoria.

Si dovrebbe inoltre stabilire espressamente che gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori».

6. L'articolo 18 («Principi per l'aggiudicazione degli appalti») così recita:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

(...)

2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

7. L'articolo 57 («Motivi di esclusione») dispone:

«(...)

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

- a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

(...)

8. L'articolo 71 («Subappalto») stabilisce quanto segue:

«1. L'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

(...)

4. I paragrafi da 1 a 3 lasciano impregiudicata la questione della responsabilità del contraente principale.

(...)

6. Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

- a) se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale, lo Stato membro interessato provvede a che le norme pertinenti siano applicate in conformità delle condizioni stabilite all'articolo 18, paragrafo 2;
- b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

7. Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto.

8. Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure. In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi».

B. Diritto italiano. Decreto legislativo n. 50/2016 (4)

9. Ai sensi dell'articolo 80, comma 5:

«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

(...)

- i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito ^[5];

(...».

10. L'articolo 105 così dispone:

«(...)

6. È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35.

(...)

12. L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

(...».

II. Fatti e questioni pregiudiziali

11. Il 29 luglio 2016 la Consip pubblicava un bando di gara per «l'affidamento della fornitura del Sistema WDM per l'interconnessione del CED dei Dipartimenti RGS, DT e DAG» ^[6]. Il valore stimato dell'appalto era di EUR 1 420 785,60, IVA esclusa.

12. La clausola 11 del capitolato d'onere consentiva il subappalto. A tal fine, i candidati dovevano indicare nelle loro offerte che intendevano avvalersi di detta possibilità e designare una terna di subappaltatori.

13. La Tim presentava la sua offerta indicando tre subappaltatori ai quali intendeva ricorrere qualora si fosse aggiudicata la commessa e allegava per ciascuno di essi il documento di gara unico europeo (DGUE).

14. L'amministrazione aggiudicatrice, in sede di verifica dei requisiti dei subappaltatori, constatava che uno di essi (la società Maticmind, Spa) non era in regola con le norme che disciplinano l'accesso al lavoro delle persone con disabilità, secondo quanto risultante da un certificato del 5 aprile 2017 rilasciato dalla Città metropolitana di Milano.

15. Di conseguenza, la Consip escludeva la Tim dalla procedura di gara, in applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettera i), del CCP.

16. La Tim impugnava detto provvedimento dinanzi al giudice del rinvio sostenendo, in sintesi, che:

- l'esclusione era ingiusta e sproporzionata, in quanto, a tenore della direttiva 2014/24, un motivo di esclusione di un subappaltatore potrebbe comportare solo la sostituzione del medesimo;
- per l'esecuzione della commessa, essa avrebbe comunque potuto avvalersi degli altri due subappaltatori, in relazione ai quali non ricorreva alcuna causa di esclusione;

- il subappalto non era indispensabile al fine di adempiere la commessa, essendo la Tim in possesso di tutti i requisiti necessari per eseguire le prestazioni.

17. Secondo il giudice del rinvio, l'esclusione della Tim sarebbe conforme all'articolo 80, paragrafo 5, del CCP. Tuttavia, la lettura dell'articolo 105, paragrafi 6 e 12, del CCP lo induce a distinguere le conseguenze del riscontro di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore:

- se tale riscontro ha luogo nel corso della procedura di gara, in quanto uno dei subcontraenti facente parte della terna è incorso in un motivo di esclusione, la conseguenza è l'esclusione del concorrente (articolo 80, comma 5, del CCP).
- se il riscontro è operato in un momento successivo alla conclusione del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice deve chiedere all'affidatario di sostituire il subappaltatore (articolo 105, comma 12, del CCP).

18. Di fronte a siffatta differenza di trattamento, il giudice del rinvio si chiede se, nelle circostanze del caso di specie, l'esclusione dell'offerente sia compatibile con l'articolo 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 e rispetti il principio di proporzionalità.

19. In tale contesto, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se gli articoli 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato.
- 2) In subordine, laddove la Corte di Giustizia ritenga che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, se il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 5 del Trattato UE, richiamato al "considerando" 101 della direttiva 2014/24/UE e indicato quale principio generale del diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia, osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede che, in caso di accertamento in fase di gara di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore designato, venga disposta l'esclusione dell'operatore economico offerente in ogni caso, anche laddove vi siano altri subappaltatori non esclusi e in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni da subappaltare oppure l'operatore economico offerente dichiarati di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

20. L'ordinanza di rinvio è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 14 giugno 2018.

21. Conformemente all'articolo 101 del regolamento di procedura, la Corte ha chiesto al giudice del rinvio alcuni chiarimenti in ordine alla procedura di appalto. Nella sua risposta del 26 marzo 2019, il giudice del rinvio ha precisato quanto segue.

- Se intendeva ricorrere al subappalto, la Tim era tenuta a indicare nella sua offerta tre subappaltatori. Avrebbe potuto, in alternativa, non indicarne alcuno, rinunciando in tal modo alla possibilità di ricorrere al subappalto.
- La Tim non era tenuta ad avvalersi dei subappaltatori indicati nella terna o di uno di essi, nel caso in cui le fosse stato aggiudicato l'appalto. Essa avrebbe potuto rinunciare al subappalto ed eseguire essa stessa la commessa.
- Nell'elaborare la propria offerta, la Tim non era tenuta a verificare se i subappaltatori proposti incorressero nel motivo di esclusione facoltativa di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a),

della direttiva 2014/24, essendole richiesto soltanto di trasmettere il DGUE emesso dai rappresentanti di ciascun subappaltatore.

22. Hanno presentato osservazioni scritte la Tim, la Consip, il governo austriaco e la Commissione. Tutte le suddette parti, ad eccezione del governo austriaco, hanno partecipato all'udienza tenutasi il 2 maggio 2019.

IV. Valutazione

A. Impostazione

23. La normativa italiana prevede che le violazioni commesse da un subappaltatore possano avere conseguenze sul candidato che lo ha proposto nella propria offerta, comportando l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura d'appalto.

24. La medesima normativa, tuttavia, riserva trattamenti diversi a due ipotesi:

- se la violazione del subappaltatore emerge in un momento successivo all'aggiudicazione dell'appalto, l'aggiudicatario deve sostituirlo;
- se invece tale violazione si rivela in fase di selezione dei contraenti, il risultato è più radicale, poiché comporta l'esclusione dell'offerente.

25. Il giudice del rinvio dubita della compatibilità di siffatto trattamento a doppio binario con la direttiva 2014/24. Per rispondere alle sue questioni, ritengo che occorra anzitutto esaminare se l'articolo 57 di detta direttiva consenta di sussumere una violazione del subappaltatore nei motivi di esclusione dell'offerente e, successivamente, accertare se il regime del subappalto di cui all'articolo 71 della medesima direttiva consenta una simile esclusione.

26. In entrambi i casi, la situazione che ha determinato l'esclusione della Tim è la violazione (da parte del subappaltatore) di obblighi in materia di diritto sociale o di lavoro, in particolare l'inosservanza delle norme nazionali sul lavoro delle persone con disabilità.

27. La direttiva 2014/24 impone agli Stati membri (7), all'articolo 18, paragrafo 2, di adottare misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino i loro obblighi in materia (tra l'altro) di diritto sociale e del lavoro stabiliti dal diritto nazionale.

28. Tale mandato riguarda sia gli aggiudicatari principali (contraenti) sia i subappaltatori, poiché tanto gli uni quanto gli altri possiedono la qualità di operatori economici. Con esso, il legislatore dell'Unione ha inteso convertire l'appalto pubblico in un strumento al servizio di altre finalità pubbliche in alcuni settori di interesse generale, concretizzando tale intento negli articoli 57 e 71 della direttiva 2014/24.

29. In particolare, «[l]a vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto (...) sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione (...)» (8).

B. Sull'interpretazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24

30. Il legislatore dell'Unione collega l'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 al motivo di esclusione facoltativa di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a). Quest'ultimo si riferisce specificamente all'inosservanza di obblighi applicabili in forza della prima di dette disposizioni.

31. Il punto dubbio è se il comportamento del subappaltatore possa giustificare l'esclusione (facoltativa) dell'offerente o, al contrario, tale esclusione sia applicabile solo per fatti imputabili all'offerente stesso.

32. Se si osserva la formulazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, si può constatare che essa è deliberatamente generica. Utilizza infatti un'espressione impersonale («la violazione degli obblighi») (9) per riferirsi, senza menzionarne gli autori, alla violazione di obblighi in materia di diritto sociale o di lavoro. Pertanto tale disposizione appare diversa, sotto il profilo letterale, da altre nelle quali sono identificati gli eventuali autori dei comportamenti che determinano l'esclusione.

33. In base a tale costruzione grammaticale, il responsabile della violazione (e pertanto del motivo di esclusione) può essere anche il subappaltatore, in quanto parte che, occupando essa stessa lavoratori nell'ambito dell'appalto pubblico, è soggetta alle norme nazionali di diritto sociale e del lavoro.

34. Se si fa riferimento al criterio di interpretazione sistematico, l'estensione all'offerente della violazione del subappaltatore, nella fase iniziale di selezione, risulta coerente con il considerando 40 della direttiva 2014/24, ai sensi del quale «[l]a vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto» (10).

35. Applicando tale criterio, l'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24 conferma che qualsiasi operatore economico (quindi anche l'offerente) può essere escluso «a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura». La mancanza di controllo, da parte dell'offerente, in occasione della presentazione nella sua offerta di un subappaltatore che, prima della procedura, ha violato gli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, rivela quanto meno un'omissione negligente.

36. Infine, l'articolo 71, paragrafo 6, lettera a), della direttiva 2014/24 menziona espressamente, in relazione all'applicazione dell'articolo 18, paragrafo 2, la «responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale» come uno dei meccanismi di cui possono avvalersi gli Stati membri.

37. Tale responsabilità degli uni e degli altri è ribadita al considerando 105 della direttiva 2014/24, secondo cui gli Stati membri possono stabilire «un meccanismo di responsabilità *solidale* tra subappaltatori e contraente principale». Come è noto, l'azione volta a far rispettare i rispettivi doveri degli obbligati solidali, e a trarre le conseguenze della loro inosservanza, può essere diretta indifferentemente contro uno qualunque di essi, senza incidere sui rapporti interni intercorrenti tra loro.

38. La finalità dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 conferma la correttezza di tale approccio, che considero il più appropriato, alla luce dell'inequivocabile intento del legislatore dell'Unione di tutelare i diritti in materia sociale e di lavoro, anche mediante il rafforzamento della loro protezione nel settore degli appalti pubblici.

39. Si rivolge nella stessa direzione l'auspicio di una concorrenza non falsata tra gli offerenti. Tale concorrenza risulterebbe distorta se, mentre gli altri si attengono alle regole, un offerente presentasse la sua offerta sapendo che uno dei suoi componenti principali (il subappaltatore al quale esso intende affidare una parte rilevante dell'appalto) parte da una situazione di vantaggio illecito sotto il profilo dei costi, proprio perché non rispetta gli obblighi in materia sociale. Una simile circostanza incide sulla credibilità dell'offerente che tenta di sfruttare siffatto vantaggio sleale.

40. Ciò posto, continua ad essere logico che l'idoneità dell'offerente ad aggiudicarsi l'appalto possa essere compromessa da violazioni del subappaltatore. Dal momento che è l'offerente stesso a decidere liberamente di ricorrere al meccanismo del subappalto nonché a scegliere e a proporre i subappaltatori che parteciperanno all'esecuzione dell'appalto, nulla osta a che la sua responsabilità (anche solo per colpa in eligendo) si estenda alla condotta di questi ultimi nell'ambito di detto appalto.

41. Inoltre, il subappalto di contratti pubblici è terreno propizio per manovre di elusione delle responsabilità e di riduzione ingiustificata dei costi di manodopera per il contraente principale, che possono essere predisposte già nella fase iniziale (l'offerta) della gara.

42. È vero che, secondo la concezione generale degli appalti pubblici, il diritto dell'Unione attribuisce grande importanza alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché alla promozione della concorrenza tra gli operatori economici. Tale obiettivo mira ad assicurare che

l'apertura dei bandi di gara sia la più ampia possibile, il che potrebbe trovare un ostacolo in un'applicazione sproporzionata dei motivi facoltativi di esclusione.

43. Orbene, i motivi di esclusione facoltativa consentono agli Stati membri di conseguire obiettivi di interesse generale e, in ogni caso, sono intesi a garantire l'affidabilità, la diligenza, l'onestà professionale e la serietà dell'offerente (11).

44. Come ho rilevato nelle conclusioni relative alla causa Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (12), la direttiva 2014/24 contempla l'affidabilità in quanto componente fondamentale del rapporto. Secondo il considerando 101, primo paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili». L'elemento dell'affidabilità permea quindi i motivi di esclusione relativi alle condizioni soggettive sia del candidato sia degli altri operatori economici ai quali esso intende ricorrere, in qualità di subappaltatori, per l'esecuzione dell'appalto.

45. L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non sfugge a tale influsso. Anzi, il considerando 101 inizia menzionando l'inaffidabilità dell'operatore economico dovuta proprio alla violazione degli «obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità».

46. La giurisprudenza della Corte riconosce agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità per configurare i motivi di esclusione facoltativa (13). L'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 chiarisce tuttavia che gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione di tali motivi «nel rispetto del diritto dell'Unione».

47. Mi pare legittimo che uno Stato membro si avvalga di tale margine di discrezionalità per consentire alle proprie amministrazioni aggiudicatrici di opporre all'offerente il motivo di esclusione facoltativa previsto all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), quando la violazione degli obblighi in materia di diritto sociale o del lavoro sia imputabile al subappaltatore da esso proposto.

48. Orbene, tale possibilità di esclusione non opera automaticamente, bensì dipenderà dalle circostanze specifiche, ponderate conformemente ai principi ispiratori della contrattualistica pubblica, tra cui rientra il principio di proporzionalità (14).

49. In base al principio di proporzionalità, perché le mancanze del subappaltatore possano estendersi all'offerente fino al punto di escluderlo dalla procedura, occorrerà, in generale, che le violazioni del primo rendano il secondo indegno della fiducia dell'amministrazione aggiudicatrice. Esaminerò questo aspetto più avanti.

C. Sull'interpretazione dell'articolo 71 della direttiva 2014/24

50. L'articolo 71, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 impone alle autorità competenti di garantire «[l]'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori» (vale a dire, tra l'altro, degli obblighi in materia di diritto sociale e del lavoro).

51. Il medesimo articolo 71, al paragrafo 6, prevede che, «[a]l fine di evitare violazioni [da parte dei subappaltatori] degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate» dagli Stati.

52. Alcune delle parti intervenienti (15) hanno sostenuto che l'articolo 71 della direttiva 2014/24 non si applica nella fase di selezione dei candidati, bensì in quella di esecuzione dell'appalto. A sostegno della loro tesi esse richiamano il considerando 105 di detta direttiva, che menziona solo il contraente principale e il subappaltatore, ma non i meri offerenti.

53. Ritengo che tale obiezione terminologica non sia decisiva. Invero, l'articolo 71 della direttiva 2014/24 utilizza, oltre alla locuzione «contraente principale» (inteso come l'«operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico»), quelle di «subappaltatore», «offerente» (il soggetto che ha presentato un'offerta) e «operatore economico». Quest'ultima è la più ampia e comprende tutte le imprese che offrono sul mercato i loro prodotti o servizi (16), inclusi, evidentemente, i subappaltatori.

54. Il considerando 105 deve essere letto coerentemente con gli espliciti riferimenti contenuti nell'articolo 71 della direttiva 2014/24 all'offerente, al contraente principale e agli operatori economici. Di conseguenza, nulla osta a che tale disposizione si applichi tanto nella fase che precede l'aggiudicazione dell'appalto, ossia agli offerenti, quanto in quella successiva, ossia ai contraenti, per incidere sul rapporto degli uni e degli altri con i subappaltatori.

55. In particolare, l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), della direttiva 2014/24, che riguarda specificamente l'esclusione del subappaltatore per violazione degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, menziona l'«operatore economico», cosicché il suo effetto si esplica sia nella fase di selezione sia in quella di esecuzione dell'appalto.

56. È logico che sia così, dato che le informazioni che l'operatore economico deve fornire all'amministrazione aggiudicatrice in merito al collegamento tra i subappaltatori e l'appalto occupa un posto centrale nella direttiva 2014/24. Rinvio sul punto alle argomentazioni che ho svolto nelle conclusioni relative alla causa Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 ([17](#)).

57. Tale intento del legislatore trova traduzione normativa nei paragrafi 2 e 5 dell'articolo 71 della direttiva 2014/24, che riguardano, rispettivamente, l'obbligo dell'offerente e del contraente principale di informare l'amministrazione aggiudicatrice in merito al subappalto previsto (nella fase di selezione) o già operativo (dopo l'aggiudicazione del contratto).

58. L'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), si collega a tale obbligo di informazione laddove conferisce alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di avvalersi dei meccanismi di cui agli articoli 59, 60 e 61 della direttiva 2014/24 al fine di accertare se ricorrano motivi per escludere un subappaltatore in forza dell'articolo 57.

59. Il riferimento all'articolo 57 contenuto nell'articolo 71 riguarda sia i motivi di esclusione obbligatoria sia quelli di esclusione facoltativa, nel contesto della violazione degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2. Le conseguenze, tuttavia, sono diverse:

- se il subappaltatore è incorso in una causa di esclusione obbligatoria ([18](#)), *si esigerà* dall'operatore economico che lo sostituisca;
- se ricorre un motivo di esclusione non obbligatoria ([19](#)), l'amministrazione aggiudicatrice *potrà esigere* che l'operatore economico sostituisca il subappaltatore. Si tratta, come mi accingo a spiegare, di un'ulteriore misura ammissibile per reagire alla presenza di subappaltatori inidonei.

60. A tale proposito, si distinguono due elementi normativi:

- da un lato, la formula aperta utilizzata dall'articolo 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 [«[a] fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate *misure adeguate quali le seguenti*: (...)»];
- dall'altro, la facoltà riconosciuta agli Stati di stabilire «disposizioni (...) più rigorose in materia di responsabilità» (articolo 71, paragrafo 7).

61. L'insieme dei due elementi corrobora, a mio avviso, quanto si deduce già dall'interpretazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, vale a dire la facoltà degli Stati membri di far sorgere, in questi casi, la responsabilità diretta degli offerenti che hanno proposto subappaltatori incorsi in violazioni dell'articolo 18, paragrafo 2, di detta direttiva.

62. Infatti, l'enunciato dell'articolo 71, paragrafo 6 della direttiva 2014/24 lascia aperta la possibilità di introdurre *altre misure* nazionali. Il legislatore dell'Unione ha menzionato, a titolo meramente esemplificativo, alcune di tali misure per reagire alla violazione degli obblighi in materia di diritto sociale e del lavoro, quale la sostituzione del subappaltatore incorso in una causa di esclusione (obbligatoria o facoltativa), ma non ne preclude altre. Ai sensi dell'articolo 71, paragrafo 8, gli Stati membri devono specificare le condizioni di attuazione di queste ultime.

63. Lo stesso approccio è adottato all'articolo 71, paragrafo 7, laddove esso ammette che gli Stati membri possano stabilire «disposizioni di diritto interno più rigorose» in materia di subappalto. Dalla lettura di tale paragrafo emerge, a mio avviso, che dette disposizioni non riguardano solo la «materia d[e]i pagamenti diretti ai subappaltatori» (per la quale il testo utilizza l'espressione «disposizioni più rigorose»), ma possono avere una portata più generale.

64. Ciò si deduce più chiaramente dal considerando 105 della direttiva 2014/24, laddove esso enuncia che «gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori». La congiunzione disgiuntiva indica che si tratta di due tipi diversi di (possibili) interventi.

65. Tali autorizzazioni agli Stati membri non si riflettono solo sul rapporto tra il contraente principale e i subappaltatori, ma possono estendersi anche al rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente che abbia proposto, nella sua offerta, di avvalersi dei servizi di un subappaltatore incorso in un motivo di esclusione. Rinvio a quanto sopra esposto relativamente alla responsabilità in solido degli uni e degli altri.

66. Dal momento che l'articolo 57 della direttiva 2014/24 disciplina specificamente i motivi di esclusione, l'articolo 71, paragrafi 6 e 7, rafforza, nel richiamarlo, la possibilità di escludere gli offerenti a causa delle violazioni commesse dai subappaltatori che abbiano eluso gli obblighi derivanti dall'articolo 18, paragrafo 2. L'esclusione dei candidati trova il suo proprio inquadramento nell'articolo 57, ma il regime del subappalto di cui all'articolo 71 corrobora, insisto, tale possibilità.

D. Sul sistema italiano di esclusione per violazioni del subappaltatore, in relazione ai fatti di causa

67. Dal combinato disposto degli articoli 80, comma 5, e 105, comma 12, del CCP risulta che la presentazione, nell'offerta, di un subappaltatore che abbia violato gli obblighi in materia sociale e di lavoro relativi alle persone con disabilità ha quale conseguenza *automatica* l'esclusione dell'offerente che lo ha liberamente proposto, qualora ciò si riscontri nella fase precedente alla conclusione del contratto.

68. Tale drastica conseguenza potrebbe essere incompatibile con il principio di proporzionalità. La Corte, in relazione alla direttiva 2004/18 (20), si è pronunciata sulle cause facoltative di esclusione, respingendone l'applicazione automatica. Dalla sentenza Forposta e ABC Direct Contact (21) si evince che siffatto automatismo potrebbe oltrepassare il margine di discrezionalità conferito agli Stati membri dall'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 (attualmente articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24).

69. Secondo detta sentenza, occorre svolgere una «valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato» (22). A motivo dell'inosservanza di tale criterio, la Corte ha considerato contraria al diritto dell'Unione una normativa nazionale che «impone all'amministrazione aggiudicatrice (...) di escludere automaticamente tale operatore dalla procedura di aggiudicazione (...), senza lasciare alla stessa amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, la gravità del comportamento presuntivamente scorretto dell'operatore in parola (...)».

70. Tuttavia, la Corte di giustizia non ha seguito tale linea giurisprudenziale, mantenuta in sentenze precedenti, nella causa Connexion Taxi Services. Nella ponderazione tra la – fino ad allora – necessaria valutazione della violazione commessa da un offerente alla luce del principio di proporzionalità e il rispetto dei principi di trasparenza e uguaglianza, ha ritenuto preponderanti questi ultimi. Ha concluso che essi prevalevano in un caso nel quale, secondo le «condizioni della gara d'appalto in questione, un offerente che avesse commesso un grave errore professionale avrebbe dovuto necessariamente essere escluso, senza tener conto del carattere proporzionato o meno di tale sanzione» (23).

71. Pertanto, il criterio di giudizio sembra essere diverso a seconda che l'esclusione automatica sia prevista solo dalla legge (nel qual caso deve essere consentito il controllo di proporzionalità, anche qualora la normativa nazionale non lo contempli) oppure sia categoricamente imposta dal capitolato dell'appalto.

72. Non si evince dall'ordinanza di rinvio, né dai chiarimenti successivi (24), che l'esclusione automatica fosse imposta dai documenti che disciplinavano l'aggiudicazione dell'appalto. Spetterà al giudice nazionale accertare se la clausola 11 o altre clausole del capitolato d'onori contenessero tale mandato imperativo. In caso affermativo, i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti, ai sensi della sentenza Connexion Taxi Services (25), avrebbero efficacia preminente. In tal modo si evita che un offerente che abbia rispettato le clausole del capitolato d'onori sia escluso a vantaggio di un altro che non le ha rispettate.

73. In caso contrario, entrano in gioco le esigenze del principio di proporzionalità. Di nuovo, spetta al giudice del rinvio valutare tutti i fattori rilevanti, questa volta per stabilire se l'esclusione dell'offerente sia una sanzione adeguata alla gravità della sua condotta.

74. Fra tali fattori si potrà valutare quello indicato dal giudice del rinvio nella sua lettera di chiarimenti, vale a dire che l'offerente escluso non era tenuto a verificare se il DGUE del subappaltatore corrispondeva alla realtà, il che potrebbe attenuarne la negligenza. Quest'ultima continuerebbe tuttavia a sussistere, ancorché in grado minore, poiché nulla impediva all'offerente di accertare previamente (come ha poi fatto l'amministrazione aggiudicatrice), con altri mezzi, la violazione del subappaltatore.

75. Inserire nella terna di subappaltatori, oltre a quello che ha commesso la violazione, altri due operatori economici irreprensibili non è sufficiente per ridurre la responsabilità dell'offerente. Se si ammettesse tale prassi, si rischierebbe di favorire la frode consistente nel designare un subappaltatore che ha commesso una violazione (il quale, come già rilevato, sostiene generalmente minori costi di manodopera o previdenziali), i cui servizi saranno richiesti qualora non venga rilevata la sua situazione irregolare, più altri due che appaiono come meri accompagnatori.

76. Non riduce la responsabilità dell'offerente nemmeno il fatto che esso potesse eseguire le prestazioni contrattuali senza ricorrere a un subappaltatore. Dal momento che era libero di utilizzare il meccanismo del subappalto e, nella sua offerta, ha informato l'amministrazione aggiudicatrice che intendeva avvalersi di tale possibilità e presentare una terna di subappaltatori, doveva garantire che non facesse parte di tale terna un soggetto che aveva violato le norme nazionali in materia di lavoro delle persone con disabilità.

V. Conclusione

77. Alla luce di quanto precede, suggerisco alla Corte di rispondere al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) nei seguenti termini:

- «1) L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), 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, non osta, in linea di principio, all'esclusione di un offerente che abbia manifestato nella sua offerta l'intenzione di concludere un contratto di subappalto con un operatore economico, laddove quest'ultimo abbia violato gli obblighi applicabili in materia di diritto sociale o del lavoro sanciti dal diritto nazionale.
- 2) Al fine di decidere in merito all'esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice deve avere la facoltà di valutare, in ciascun caso, la proporzionalità di tale misura, prendendo in considerazione tutte le circostanze sussistenti per stabilire l'affidabilità dell'offerente, salvo che il capitolato di gara preveda, tassativamente, l'esclusione senza tener conto della proporzionalità di detta sanzione».

¹ Lingua originale: lo spagnolo.

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

[4](#) Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI n. 91 del 19 aprile 2016 – Supplemento ordinario n. 10; in prosieguo: il «CCP»).

[5](#) Ai sensi dell'articolo 17 della legge n. 68/1999, le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

[6](#) Oggetto della procedura erano, in particolare, servizi di interconnessione con manutenzione e assistenza, servizi opzionali di ampliamento di banda con manutenzione e assistenza, nonché servizi opzionali di trasloco.

[7](#) Sebbene l'articolo 18, paragrafo 2, sia rivolto solo agli Stati membri, il considerando 37 della direttiva 2014/24 riguarda anche le amministrazioni aggiudicatrici: «[i]n vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (...)».

[8](#) Considerando 40 della direttiva 2014/24.

[9](#) Nelle versioni linguistiche da me consultate, il significato è equivalente: *peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*, in quella francese; *can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*, in quella inglese; *pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables*, in quella spagnola; *puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis*, in quella portoghese, o *kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*, in tedesco.

[10](#) La proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo [COM/2011/0896 definitivo – 2011/0438 (COD)] menzionava anche i partecipanti alle catene di approvvigionamento (articolo 55). La formulazione aperta che si è imposta ha, se possibile, una portata ancora maggiore.

[11](#) Sentenza del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punti 29, 31 e 32).

[12](#) C-267/18, EU:C:2019:393.

[13](#) Sentenza del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 31 e giurisprudenza citata).

[14](#) Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, «[l]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».

[15](#) La Consip e il governo austriaco.

[16](#) L'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, della direttiva definisce l'«operatore economico» come «una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi». Inoltre, l'«offerente» è definito come «un operatore economico che ha presentato un'offerta» (articolo 2, paragrafo 1, punto 11).

[17](#) Causa C-267/18, EU:C:2019:393.

[18](#) Vale a dire, in caso di violazioni di obblighi in materia di diritto sociale o del lavoro in relazione ai quali sia intervenuta una sentenza passata in giudicato, sussumibili in uno dei motivi di cui all'articolo 57, paragrafo 1.

[19](#) Quello dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), che riguarda specificamente la violazione degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

[20](#) 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 2004, L 134, pag. 114).

[21](#) Sentenza del 13 dicembre 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801), punto 35.

[22](#) Sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31).

[23](#) Sentenza del 14 dicembre 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, dispositivo).

[24](#) Sintetizzati al paragrafo 21 delle presenti conclusioni.

[25](#) Sentenza del 14 dicembre 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948).