

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

15 settembre 2022 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d) – Motivi di esclusione facoltativi – Accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza – Direttiva 2014/25/UE – Articolo 36, paragrafo 1 – Principi di proporzionalità e di parità di trattamento degli offerenti – Articolo 80, paragrafo 1 – Uso dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione di cui alla direttiva 2014/24/UE – Offerenti che costituiscono un'unità economica che hanno presentato offerte separate non autonome né indipendenti – Necessità di elementi sufficientemente plausibili per dimostrare una violazione dell'articolo 101 TFUE»

Nella causa C-416/21,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunale superiore del Land Baviera, Germania), con decisione del 24 giugno 2021, pervenuta in cancelleria il 7 luglio 2021, nel procedimento

Landkreis Aichach-Friedberg,

contro

J. Sch. Omnibusunternehmen,

K. Reisen GmbH,

con l'intervento di:

E. GmbH & Co. KG,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da C. Lycourgos (relatore), presidente di sezione, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi e O. Spineanu-Matei, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Landkreis Aichach-Friedberg, da R. Wiemann, Rechtsanwalt;
- per la J. Sch. Omnibusunternehmen e la K. Reisen GmbH, da J.R. Eydner e A. Kafedžić, Rechtsanwälte;
- per la E. GmbH & Co. KG, da H. Holz, S. Janka e U.-D. Pape, Rechtsanwälte;
- per il governo ceco, da M. Smolek e J. Vlácil, in qualità di agenti;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. Santini, avvocato dello Stato;
- per il governo lituano, da K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė ed E. Kurelaitytė, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da P. Ondrůšek e G. Wils, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 18, paragrafo 1, e dell'articolo 57, paragrafo 4, 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 (GU 2014, L 94, pag. 65), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 19) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»).

2 Tale domanda è presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il Landkreis Aichach-Friedberg (circonscrizione di Aichach-Friedberg, Germania) e, dall'altro, la J. Sch. Omnibusunternehmen (in prosieguo: la «J») e la K. Reisen GmbH, in merito all'aggiudicazione, da parte di tale circoscrizione, di un appalto pubblico avente ad oggetto servizi di trasporto pubblico mediante autobus.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 93/37/CEE

3 L'articolo 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU 1993, L 199, pag. 54), conteneva l'elenco dei motivi facoltativi di esclusione di un imprenditore dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione d'appalto.

Direttiva 2014/24

4 Il considerando 101, primo comma, della direttiva 2014/24 è così formulato:

«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, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale (...)».

5 Conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, di tale direttiva, ai fini della stessa s'intende per «operatore economico», 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 di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

6 Ai sensi dell'articolo 4, lettera c), di detta direttiva, quest'ultima si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) pari o superiore a EUR 221 000, in particolare, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni.

7 L'articolo 18 della suddetta direttiva, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al paragrafo 1 prevede quanto segue:

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

La concezione della procedura dell'appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura dell'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

8 L'articolo 57 della direttiva 2014/24, intitolato «Motivi di esclusione», così dispone:

«(...)

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

(...)

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;

e) se un conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive;

f) se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive;

(...)

6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto.

(...)

7. In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo (...)).

Direttiva 2014/25/UE

9 L'articolo 11 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2364 della Commissione, del 18 dicembre 2017 (GU 2017, L 337, pag. 17) (in prosieguo: la «direttiva 2014/25»), prevede quanto segue:

«La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Nei servizi di trasporto, si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio».

10 L'articolo 15, lettera a), della direttiva 2014/25 prevede quanto segue:

«La presente direttiva si applica agli appalti che non sono esclusi in virtù delle eccezioni di cui agli articoli da 18 a 23 o ai sensi dell'articolo 34 concernente il perseguimento dell'attività in questione e il cui valore netto dell'[IVA] è pari o superiore alle soglie seguenti:

a) 443 000 EUR per gli appalti di forniture e di servizi nonché per i concorsi di progettazione».

11 L'articolo 36, paragrafo 1, di tale direttiva così recita:

«Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

(...)».

12 Con il titolo «Uso dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione di cui alla direttiva [2014/24]», l'articolo 80 della direttiva 2014/25, al paragrafo 1, enuncia quanto segue:

«Le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione e le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione possono includere i motivi di esclusione di cui all'articolo 57 della direttiva [2014/24] alle condizioni stabilite in detto articolo.

(...)

Se gli Stati membri lo richiedono, tali criteri e norme comprendono inoltre i criteri di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva [2014/24] alle condizioni stabilite in detto articolo».

Diritto tedesco

13 L'articolo 1 del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge di repressione delle restrizioni alla concorrenza), del 26 giugno 2013 (BGBl. 2013 I, pag. 1750), nella versione applicabile al procedimento principale (in prosiegue: il «GWB»), così prevede:

«Sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza».

14 L'articolo 124, paragrafo 1, del GWB, che recepisce nel diritto tedesco l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, al suo numero 4 così dispone:

«In conformità con il principio di proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere in qualsiasi momento un'impresa dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici qualora:

(...)

4. l'amministrazione aggiudicatrice disponga di elementi sufficientemente plausibili per concludere che l'impresa ha sottoscritto accordi o si è accordata su pratiche con altre imprese al fine o con l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza;

(...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 15 Il 19 dicembre 2019 la circoscrizione di Aichach-Friedberg ha pubblicato un bando di gara per l'aggiudicazione, mediante procedura aperta, di un appalto pubblico relativo a servizi di trasporto pubblico mediante autobus, il cui importo stimato supera la soglia prevista all'articolo 4, lettera c), della direttiva 2014/24.
- 16 J è un commerciante che agisce in nome proprio e la K. Reisen una società a responsabilità limitata di trasporto mediante autobus di cui J è amministratore e socio unico.
- 17 Il 27 febbraio 2020 sia J sia la K. Reisen hanno presentato offerte riguardanti il bando di gara tramite la stessa persona, ossia J. Il patrimonio di J è stato oggetto di una procedura di insolvenza il 1° novembre 2019 e, con decisione del 1° dicembre 2019, il curatore fallimentare ha escluso dall'ambito di tale procedura l'attività indipendente di J. Nella sua offerta, J ha dichiarato che non era stata chiesta né avviata alcuna procedura di insolvenza nei confronti della sua impresa.
- 18 Il 2 aprile 2020 J e la K. Reisen sono stati informati, da un lato, che le loro offerte erano state escluse per violazione delle regole di concorrenza, in quanto erano state redatte dalla stessa persona, e, dall'altro, che l'appalto di cui trattasi sarebbe stato aggiudicato alla E. Gmbh & Co. KG.
- 19 Dopo aver presentato un reclamo che veniva respinto, J e la K. Reisen hanno proposto ricorso dinanzi alla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud, Germania). Con decisione del 12 gennaio 2021, quest'ultima ha accolto tale ricorso ingiungendo alla circoscrizione di Aichach-Friedberg di reintegrare le offerte di tali offerenti nella procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi. In particolare, secondo tale sezione, alla luce della sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), il comportamento di questi ultimi non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE in quanto essi costituiscono un'unità economica.
- 20 La circoscrizione di Aichach-Friedberg ha interposto appello avverso tale decisione dinanzi al Bayerisches Oberstes Landesgericht (Corte suprema bavarese, Germania). Secondo tale circoscrizione, consentire a due offerenti che costituiscono un'unità economica di partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto è incompatibile con gli interessi degli altri offerenti e lede il principio di parità di trattamento nonché le regole di concorrenza, in particolare in quanto tali offerenti sono in grado di concordare le loro rispettive offerte.
- 21 J e la K. Reisen ritengono che, alla luce della sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324), l'esclusione di un offerente a causa della violazione delle norme in materia di concorrenza sia possibile solo nell'ipotesi in cui la situazione di cui trattasi rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE. Inoltre, il carattere esaustivo dei motivi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24 osterebbe al ricorso al principio della parità di trattamento degli offerenti.
- 22 A tale proposito, il giudice del rinvio rileva che J e la K. Reisen costituiscono un'unità economica ai sensi della giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 101 TFUE. Tale giudice si domanda se l'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 debba essere inteso nel senso che impone, ai fini dell'applicazione del motivo facoltativo di esclusione ivi previsto, che l'amministrazione aggiudicatrice disponga di indizi sufficientemente plausibili di una violazione dell'articolo 101 TFUE. Esso ritiene che tale questione debba essere risolta in senso affermativo, dal momento che un'esclusione ai sensi di tale disposizione della direttiva 2014/24 presuppone una violazione di una regola del diritto delle intese. Orbene, un'infrazione del genere non potrebbe essere ravvisata nel caso in cui le imprese interessate costituiscano un'unità economica e possano quindi avvalersi del «privilegio di gruppo».
- 23 Inoltre, il giudice del rinvio chiede se l'elenco dei motivi facoltativi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 impedisca che possa essere invocato il principio della parità di trattamento per giustificare la mancata considerazione di offerte presentate da due offerenti che costituiscono un'unità economica.

- 24 In concreto, occorrerebbe precisare se la giurisprudenza derivante dalla sentenza del 16 dicembre 2008, *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, punto 44 e seguenti), possa essere estesa all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24. A tale proposito, il giudice del rinvio ritiene che, nonostante le differenze tra l'elenco dei motivi di esclusione facoltativi di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, e quelli che figuravano nelle direttive anteriori relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, il principio della parità di trattamento continui ad ostare a una presa in considerazione di offerte non autonome né indipendenti presentate da imprese collegate.
- 25 Infine, occorrerebbe determinare l'applicabilità della giurisprudenza della Corte concernente le offerte che non sono né autonome né indipendenti presentate da offerenti collegati (sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324) alle offerte presentate da offerenti che costituiscono un'unità economica. Il giudice del rinvio ritiene che, alla luce di tale sentenza, il principio della parità di trattamento osti, a fortiori, a che un appalto possa essere aggiudicato ad offerenti che costituiscono un'unità economica e che non sono in grado di presentare offerte autonome o indipendenti.
- 26 In tale contesto, il Bayerisches Oberstes Landesgericht (Corte suprema bavarese) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se l'articolo 57, paragrafo 4, [primo comma,] lettera d), della direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice deve disporre di indicazioni sufficientemente plausibili per ravvisare una violazione dell'articolo 101 TFUE da parte degli operatori economici.
- [In caso affermativo:]
- 2) Se l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva [2014/24] debba essere interpretato come disciplina esaustiva dei motivi di esclusione facoltativi nel senso che il principio della parità di trattamento (articolo 18, paragrafo 1, della direttiva medesima) - in caso di presentazione di offerte non autonome né indipendenti - non possa ostare all'aggiudicazione dell'appalto.
- 3) Se l'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che esso osta all'aggiudicazione dell'appalto a imprese che costituiscono un'unità economica, ciascuna delle quali ha presentato un'offerta».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

- 27 Con le sue questioni, il giudice del rinvio mira all'interpretazione dell'articolo 18, paragrafo 1, e dell'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto servizi di trasporto pubblico mediante autobus.
- 28 Occorre ricordare, a tale proposito, che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è stato investito. In tale prospettiva, alla Corte spetta, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. Inoltre, la Corte può essere condotta a prendere in considerazione norme del diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione (v., in tal senso, sentenza del 14 maggio 2020, *T-Systems Magyarország*, C-263/19, EU:C:2020:373, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).
- 29 Nel caso di specie, occorre constatare che la messa a disposizione o la gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto mediante autobus è esplicitamente citata, all'articolo 11 della direttiva 2014/25, tra i settori ai quali quest'ultima si applica. Pertanto, nei limiti in cui, mediante l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, l'ente aggiudicatore vuole ottenere

una tale messa a disposizione o una tale gestione di reti e che il suddetto appalto supera la soglia indicata all'articolo 15, lettera a), di tale direttiva, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, si deve ritenere che, tenuto conto del suo oggetto, l'appalto in questione rientri nell'ambito di applicazione di detta direttiva.

- 30 A tale proposito, tenuto conto delle disposizioni citate dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, occorre rilevare, in primo luogo, che occorre interpretare l'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, secondo il quale gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata, e che corrisponde, in sostanza, alle disposizioni dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.
- 31 In secondo luogo, per quanto riguarda i motivi di esclusione facoltativi, la direttiva 2014/25 non contiene disposizioni autonome, ma rinvia al riguardo alla direttiva 2014/24.
- 32 In particolare, l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25 dispone che, qualora gli Stati membri lo richiedano, le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti, in particolare nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, possono includere i criteri di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, «alle condizioni stabilite in detto articolo».
- 33 Occorre rilevare che i termini «alle condizioni stabilite in detto articolo» rinviano alle condizioni menzionate in tale articolo 57, paragrafo 4 (v., per analogia, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 33).
- 34 Di conseguenza, qualora, a seguito delle verifiche effettuate dal giudice del rinvio, risulti che la direttiva 2014/25 si applica alla procedura di appalto oggetto del procedimento principale, occorre che, per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte, la Corte interpreti l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 e, in particolare, la lettera d) del primo comma di tale disposizione, che è specificamente menzionata nella domanda di pronuncia pregiudiziale, poiché l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25 consente agli Stati membri di rendere applicabile detta disposizione della direttiva 2014/24 in siffatte procedure.

Sulla prima questione

- 35 In tali circostanze, occorre considerare che, con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25, debba essere interpretato nel senso che il motivo di esclusione facoltativo di cui a tale articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), riguarda unicamente i casi in cui sussistono indizi sufficientemente plausibili per concludere che taluni operatori economici hanno violato l'articolo 101 TFUE.
- 36 Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che i quesiti di tale giudice relativi alla portata del motivo di esclusione facoltativo di cui a detto articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), sono fondati sul fatto che l'articolo 124, paragrafo 1, punto 4, del GWB, che recepisce nel diritto tedesco il medesimo articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), riprende la formulazione del divieto degli accordi che limitano la concorrenza di cui all'articolo 1 del GWB, il quale riproduce, in sostanza, l'articolo 101 TFUE nel diritto tedesco. Orbene, esso ricorda che dalla giurisprudenza della Corte (sentenza del 17 maggio 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, punto 28 e giurisprudenza ivi citata) risulta che quest'ultimo articolo non è applicabile nell'ipotesi in cui gli accordi che esso vieta siano attuati da imprese che, come nel caso di specie, costituiscono un'unità economica.
- 37 Va, innanzitutto, ricordato che, conformemente all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o essere obbligate dagli Stati membri a escludere qualsiasi operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto qualora l'amministrazione aggiudicatrice disponga di indicazioni

sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

- 38 È giocoforza constatare che tale disposizione riguarda, in generale, «accordi [conclusi] con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza». La sua formulazione non menziona l'articolo 101 TFUE e, in particolare, contrariamente a quest'ultimo, non contiene il requisito che tali accordi siano conclusi «tra imprese», ai sensi di tale disposizione, e «possano pregiudicare il commercio tra Stati membri».
- 39 Ne consegue che l'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 rinvia a casi in cui operatori economici concludono un accordo anticoncorrenziale, qualunque esso sia, e non può essere limitato ai soli accordi tra imprese di cui all'articolo 101 TFUE.
- 40 Inoltre, l'obiettivo sotteso all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 conferma tale interpretazione.
- 41 La Corte ha dichiarato che la facoltà, o addirittura l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto è destinato in modo particolare a permettere a detta amministrazione di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli operatori economici. Segnatamente, il motivo di esclusione facoltativo menzionato all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24, letto in combinato disposto con il considerando 101 di quest'ultima, si fonda su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto di cui trattasi e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che in questo ripone la seconda (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 41).
- 42 Pertanto, l'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 è inteso a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare e di prendere in considerazione l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli operatori economici, al fine di poter escludere dalle procedure di appalto gli offerenti non affidabili con i quali esse non potrebbero intrattenere un rapporto di fiducia per condurre a buon fine la fornitura dei servizi in questione in occasione dell'esecuzione dell'appalto di cui trattasi.
- 43 Orbene, un siffatto obiettivo appare diverso da quello dell'articolo 101 TFUE. Infatti, quest'ultimo intende reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e dissuaderle dal commettere tali comportamenti (sentenza del 6 ottobre 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, punto 37).
- 44 L'obiettivo dell'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 induce quindi ad un'interpretazione estensiva di tale disposizione, secondo la quale, in particolare, gli accordi tra operatori economici che non pregiudicano il commercio tra Stati membri sono presi in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del motivo di esclusione facoltativo ivi previsto.
- 45 Infine, quanto al contesto di detta disposizione, occorre rilevare che, nell'ambito del motivo di esclusione facoltativo di cui all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera c), della direttiva 2014/24, la nozione di «illeciti professionali», che ricomprende qualsiasi comportamento illecito che abbia un'incidenza sulla credibilità, sull'integrità o sull'affidabilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi, deve essere oggetto di un'interpretazione estensiva (v., in tal senso, ordinanza del 4 giugno 2019, Consorzio Nazionale Servizi, C-425/18, EU:C:2019:476, punti 29 e 30).
- 46 In tali circostanze, poiché, come risulta dal considerando 101 della direttiva 2014/24, la violazione delle regole di concorrenza può essere considerata, alla luce dell'obiettivo dell'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva esposto al punto 39 della presente sentenza, un tipo di grave illecito professionale, sarebbe incoerente dare alla nozione di «accordi», di cui al primo comma, lettera d), di tale disposizione, un'interpretazione restrittiva, che sarebbe limitata ai soli accordi tra imprese di cui all'articolo 101 TFUE.

- 47 Ciò tanto più in quanto la nozione di «operatore economico», definita all'articolo 2, paragrafo 1, punto 10, della direttiva 2014/24, non si riferisce alla nozione di «impresa», ai sensi dell'articolo 101 TFUE.
- 48 Di conseguenza, si deve concludere che, sebbene si debba ritenere che l'esistenza di un accordo ai sensi dell'articolo 101 TFUE rientri nel motivo di esclusione facoltativo di cui all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24, resta il fatto che quest'ultima disposizione ha una portata più ampia, che riguarda anche la conclusione, da parte di operatori economici, di accordi anticoncorrenziali che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE. Pertanto, il solo fatto che un siffatto accordo tra due operatori economici non rientri nell'ambito di applicazione di tale articolo non impedisce che esso possa essere coperto da tale motivo di esclusione facoltativo.
- 49 Tuttavia, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorre sottolineare che tale disposizione della direttiva 2014/24 riguarda il caso in cui sussistono elementi sufficienti che consentano all'amministrazione aggiudicatrice di ritenere che un accordo sia stato concluso tra due o più operatori economici per falsare la concorrenza, il che presuppone necessariamente che vi sia una convergenza di volontà di almeno due operatori economici diversi.
- 50 Nella specie, occorre rilevare, come indicato dalla Commissione europea, che in un caso come quello di cui trattasi nel procedimento principale non si può ritenere che due operatori economici i quali, essenzialmente, passano per la stessa persona fisica per adottare le loro decisioni, possano concludere «accordi» tra loro, in quanto non sembrano sussistere due volontà distinte che possano convergere. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se, tenuto conto del legame esistente tra J e la K. Reisen, sia possibile che essi possano concludere siffatti accordi intesi a falsare la concorrenza. Se così non è, il motivo di esclusione facoltativo di cui all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24 non può essere applicato alla loro situazione.
- 51 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25, deve essere interpretato nel senso che il motivo di esclusione facoltativo di cui a tale articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), riguarda i casi in cui esistono indizi sufficientemente plausibili per concludere che operatori economici hanno sottoscritto un accordo vietato dall'articolo 101 TFUE, ma non è limitato ai soli accordi previsti da quest'ultimo articolo.

Sulle questioni seconda e terza

- 52 Con le sue questioni seconda e terza, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25, debba essere interpretato come disciplina esaustiva dei motivi di esclusione facoltativi, il che impedisce che il principio della parità di trattamento, di cui all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, possa ostacolare l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi a operatori economici che costituiscono un'unità economica e le cui offerte, sebbene presentate separatamente, non siano né autonome né indipendenti.
- 53 Nel contesto analogo della direttiva 93/37, la Corte ha dichiarato che l'articolo 24, primo comma, di tale direttiva, che, al pari dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, conteneva l'elenco dei motivi di esclusione facoltativi, deve essere visto come un elenco tassativo delle cause che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per ragioni fondate su elementi oggettivi, concernenti le sue qualità professionali. Di conseguenza, esso osta a che gli Stati membri o le amministrazioni aggiudicatrici integrino l'elenco che esso contiene con altre cause di esclusione fondate su criteri relativi alla qualità professionale (sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 43).
- 54 Parimenti, l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 elenca in modo esaustivo i motivi di esclusione facoltativi idonei a giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi relativi alle sue

qualità professionali nonché a un conflitto di interessi o a una distorsione della concorrenza che sorga dalla sua partecipazione alla preparazione di tale procedura.

- 55 A tale proposito, la circostanza, sollevata dal giudice del rinvio, che tale disposizione includa ora un maggior numero di motivi di esclusione facoltativi rispetto alle precedenti direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici non può avere alcuna incidenza sul carattere esaustivo dell'elenco di cui a detta disposizione.
- 56 Infatti, tenuto conto della natura dei motivi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, si deve ritenere che il legislatore dell'Unione abbia adottato lo stesso approccio in relazione ai vari motivi di esclusione previsti nelle direttive dell'Unione che si sono successe in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici e che consiste, come ha affermato la Corte al punto 42 della sentenza del 16 dicembre 2008 nella causa *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731), nel fissare unicamente cause di esclusione fondate sull'accertamento oggettivo di fatti o comportamenti propri dell'imprenditore interessato, atti a gettare discredito sulla sua onorabilità professionale o sulla sua idoneità economica o finanziaria a svolgere bene i lavori che rientrano nell'appalto pubblico per il quale presenta l'offerta, o, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2014/24, a creare una situazione che, nel contesto della procedura di appalto in questione, costituisca un conflitto di interessi o una distorsione della concorrenza, ipotesi di cui, rispettivamente, all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera e) e all'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera f), di tale direttiva
- 57 Tuttavia, il fatto che i motivi di esclusione facoltativi di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, al quale fa riferimento l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25, siano elencati in modo esaustivo non osta a che il principio di parità di trattamento, previsto all'articolo 36, paragrafo 1, di quest'ultima direttiva, possa ostare all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi ad operatori economici che costituiscono un'unità economica e le cui offerte, benché presentate separatamente, non sono né autonome né indipendenti.
- 58 Infatti, un siffatto elenco esaustivo non esclude la facoltà degli Stati membri di mantenere o di emanare norme sostanziali destinate, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto del principio di parità di trattamento nonché del principio di trasparenza che quest'ultimo implica, i quali si impongono agli enti aggiudicatori in tutte le procedure di aggiudicazione di un siffatto appalto e che costituiscono la base delle direttive dell'Unione relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità (v., per analogia, sentenze del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 21, e dell'8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 30).
- 59 In particolare, nel caso di offerenti collegati, il principio della parità di trattamento previsto all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 sarebbe violato se si ammettesse che tali offerenti possano presentare offerte coordinate o concordate, vale a dire non autonome né indipendenti, che potrebbero procurare loro in tal modo vantaggi ingiustificati nei confronti degli altri offerenti (v., per analogia, sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punto 29).
- 60 In tale ambito, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'ente aggiudicatore sia tenuto a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura (v., in tal senso, sentenze del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 32, e dell'8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 38).
- 61 Infatti, la constatazione che i collegamenti fra gli offerenti hanno esplicitato un'influenza sul contenuto delle loro offerte presentate nell'ambito di una medesima procedura di gara è sufficiente perché le suddette offerte non possano essere prese in considerazione dall'ente aggiudicatore, giacché le medesime devono essere presentate in completa autonomia ed indipendenza quando provengono da

offerenti collegati (v., in tal senso, sentenza del 17 maggio 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, punto 38).

62 Tali considerazioni si applicano a fortiori alla situazione di offerenti che non sono semplicemente collegati, ma che costituiscono un'unità economica.

63 Pertanto, nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio pervenga, all'esito delle verifiche e delle valutazioni necessarie, alla conclusione che le offerte di cui trattasi nel procedimento principale non sono state presentate in modo autonomo e indipendente, l'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 osta all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi agli offerenti che hanno presentato offerte del genere.

64 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda e alla terza questione dichiarando che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25, deve essere interpretato nel senso che tale articolo 57, paragrafo 4, disciplina in modo esaustivo i motivi di esclusione facoltativi idonei a giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto per ragioni fondate su elementi obiettivi relativi alla sua qualità professionale nonché a un conflitto di interessi o a una distorsione della concorrenza che sorgerebbe dalla sua partecipazione a tale procedura. Tuttavia, detto articolo 57, paragrafo 4, non impedisce che il principio della parità di trattamento, previsto all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, possa ostare all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi ad operatori economici che costituiscono un'unità economica e le cui offerte, benché presentate separatamente, non sono né autonome né indipendenti.

Sulle spese

65 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:

1) L'articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), 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, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2365 della Commissione, del 18 dicembre 2017, in combinato disposto con l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2017/2364 della Commissione, del 18 dicembre 2017,

deve essere interpretato nel senso che:

il motivo di esclusione facoltativo di cui a tale articolo 57, paragrafo 4, primo comma, lettera d), riguarda i casi in cui esistono indizi sufficientemente plausibili per concludere che operatori economici hanno sottoscritto un accordo vietato dall'articolo 101 TFUE, ma non è limitato ai soli accordi previsti da quest'ultimo articolo.

2) L'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, come modificata dal regolamento delegato 2017/2365, in combinato disposto con l'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/25, come modificata dal regolamento delegato 2017/2364,

deve essere interpretato nel senso che:

tale articolo 57, paragrafo 4, disciplina in modo esaustivo i motivi di esclusione facoltativi idonei a giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi relativi

alle sue qualità professionali nonché a un conflitto di interessi o a una distorsione della concorrenza che sorgerebbe dalla sua partecipazione a tale procedura. Tuttavia, detto articolo 57, paragrafo 4, non impedisce che il principio della parità di trattamento, previsto all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, come modificata dal regolamento delegato 2017/2364, possa ostare all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi ad operatori economici che formano un'unità economica e le cui offerte, benché presentate separatamente, non sono né autonome né indipendenti.

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.