

CAPITOLO I

Il diritto comunitario sugli appalti pubblici

SOMMARIO. 1. La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno. – 2. La forma scritta dei contratti, l'aggiudicazione e le offerte. – 3. Rapporto tra organismi UE e nazionali.

1. La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno

Lo scorso anno la Commissione Europea ha avviato una procedura d'infrazione contro l'Italia per la mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici.

Si tratta della direttiva 23/2014/UE che ha disciplinato per la prima volta l'aggiudicazione dei contratti di concessione a livello dell'Unione europea.

Questo si evince chiaramente dalla lettura del primo considerando della direttiva secondo il quale: “l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno”.

Il ruolo fondamentale degli appalti pubblici all'interno del sistema UE è rimarcato dal considerando numero 3 della direttiva in commento il quale afferma: “gli appalti pubblici hanno un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, definita nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 intitolata ‘Europa 2020 – una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva’ (‘strategia Europa 2020’), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari per ottenere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente la massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici. In tale contesto, i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione”.

Passando ad esaminare i contenuti applicativi della direttiva l'art. 8 dispone che la direttiva si applica alle concessioni il cui valore sia pari o superiore a 5.186.000 di euro. Valore che viene revisionato ogni 2 anni dalla Commissione.

Alla sez. 2 sono previste delle categorie di concessioni per le quali non viene applicata la direttiva tra queste si possono ricordare ad esempio le concessioni nel settore idrico, delle comunicazioni elettroniche o aggiudicate ad un'impresa collegata.

L'art. 18 della direttiva disciplina la durata delle concessioni prevedendo che: "la durata delle concessioni è limitata.

Essa è stimata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.

Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici".

Gli artt. 6 e 7 definiscono i soggetti che devono aggiudicare le concessioni.

L'art. 6 prevede che per quanto riguarda le amministrazioni aggiudicatrici tra queste devono essere ricompresi: "lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali enti o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico diversi da enti, organismi o associazioni che svolgono una delle attività di cui all'allegato II e aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività".

A mente dell'art. 7 della direttiva in commento per enti aggiudicatori si intendono: "gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II e aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività". Tra questi la direttiva ricomprende: lo Stato; le autorità regionali o locali; gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico, ecc.

La seconda direttiva è la 24/2014/UE che inizia con il considerando n. 1 secondo il quale: "l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza".

Come già previsto nella direttiva 23/2014/UE viene ribadito che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020.

L'art. 1 della direttiva 24/2014/UE definisce l'ambito di applicazione di questa disposizione comunitaria prevedendo che: "la direttiva stabilisce norme sulle procedure per gli appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda appalti pubblici e concorsi pubblici di progettazione il cui valore è stimato come non inferiore alle soglie stabilite all'articolo 4.

Ai sensi della presente direttiva si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno".

L'art. 2 elenca alcune definizioni tra le quali si possono ricordare quella di appalti pubblici intesi come: "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

Appalti pubblici di lavori: “appalti pubblici aventi per oggetto una delle seguenti azioni: a) l’esecuzione, o la progettazione e l’esecuzione, di lavori relativi a una delle attività di cui all’allegato II; b) l’esecuzione, oppure la progettazione e l’esecuzione di un’opera; oppure c) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un’opera corrispondente alle esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice che esercita un’influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell’opera”.

Per quanto riguarda le soglie di applicazione l’art. 4 della direttiva 24/2014/UE prevede quattro differenti soglie: “5.186.000 euro per gli appalti pubblici di lavori; 134.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; 207 000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; 750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici”.

Anche per questa direttiva, come per la precedente, è prevista la revisione biennale delle soglie da parte della Commissione Europea.

La terza è la direttiva 25/2014/UE dedicata alle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Per quanto riguarda il gas e l’energia termica, la direttiva si applica alle seguenti attività: la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica; l’alimentazione di tali reti con gas o energia termica.

Relativamente all’elettricità, la direttiva si applica alle seguenti attività: la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità; l’alimentazione di tali reti con l’elettricità.

Con riferimento al settore dell’acqua, la direttiva si applica alle seguenti attività: la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; l’alimentazione di tali reti con acqua potabile.

Le soglie di valore inerenti ai settori disciplinati da questa direttiva sono: “414.000 euro per gli appalti di forniture e di servizi nonché per i concorsi di progettazione; 5.186 000 euro per gli appalti di lavori; 1.000.000 euro per i contratti di servizi per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all’allegato XVII”.

Alla luce della legislazione europea esposta in precedenza il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge, n. 48 del 28 febbraio 2019, che delega il Governo ad adottare entro un anno uno o più decreti legislativi che conformino il quadro normativo interno a quello europeo.

La Corte di giustizia con la sent. 30 gennaio 2020, causa C-395/18, è intervenuta sulla sospensione del nostro Codice appalti del 2016 stabilita dalla c.d. legge Sblocca Cantieri.

In questa pronuncia la Corte di giustizia europea ha insegnato che: “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".

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

Con un bando di gara pubblicato il 3 agosto 2016 nella G.U.U.E., Consip, la centrale di acquisti dell'amministrazione pubblica italiana, ha indetto una procedura aperta ai fini dell'aggiudicazione di un appalto relativo alla fornitura di un sistema di comunicazione ottica, denominato "sistema Wavelength Division Multiplexing (WDM)", per l'interconnessione del centro di trattamento dei dati di vari dipartimenti del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Tim ha presentato un'offerta nella quale venivano menzionati tre subappaltatori dei quali essa intendeva avvalersi in caso di aggiudicazione dell'appalto in discussione nel procedimento principale, allegando per ciascuno di essi il Documento di Gara Unico Europeo (Dgue).

Nel corso del procedimento, l'amministrazione aggiudicatrice ha constatato che uno dei subappaltatori menzionati da Tim nella sua offerta era risultato non in regola con le norme che disciplinano l'accesso al lavoro dei disabili. Consip ha pertanto escluso Tim dalla procedura di gara, in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici.

Tim ha proposto un ricorso dinanzi al giudice del rinvio, evidenziando il carattere ingiusto e sproporzionato della sua esclusione. Secondo Tim, risulta dalla direttiva 24/2014 che la constatazione di un motivo di esclusione riguardo ad un subappaltatore non può condurre all'applicazione di una sanzione più grave della sostituzione dello stesso subappaltatore. Tim aggiunge che avrebbe potuto comunque avvalersi, per l'esecuzione dell'appalto in discussione nel procedimento principale, degli altri due subappaltatori in relazione ai quali non era stata riscontrata alcuna causa di esclusione, tenendo peraltro presente che il ricorso al subappalto non era indispensabile per eseguire l'appalto, dato che Tim era in possesso di tutti i requisiti necessari per eseguire, da sola, le prestazioni in questione.

Il giudice del rinvio osserva che l'esclusione di Tim risulta conforme all'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici, dato che la sostituzione di un subappaltatore può essere pretesa, a norma dell'art. 105, comma 12, del Codice suddetto, soltanto nel caso in cui il motivo di esclusione venga constatato nei confronti di tale subappaltatore dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

Il giudice del rinvio si chiede tuttavia se, stabilendo che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta, in presenza di un motivo di esclusione constatato in fase di gara nei confronti di un subappaltatore, ad escludere dal procedimento l'offerente che abbia espresso la propria intenzione di avvalersi di tale subappaltatore, l'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici sia conforme all'art. 57, parr. 4 e 5, e all'art. 71, par. 6, lett. b), della direttiva 24/2014.

In particolare, il giudice del rinvio si chiede se i motivi di esclusione previsti dall'art. 57, parr. 4 e 5, della direttiva 24/2014 possano determinare l'esclusione dell'offerente soltanto qualora essi riguardino quest'ultimo, oppure se tale esclusione sia possibile anche quando i motivi di esclusione suddetti si riferiscano ad un subappaltatore designato dall'offerente. Inoltre, il giudice del rinvio desidera sapere se l'art. 71, par. 6, della direttiva 24/2014 osti ad un'esclusione automatica dell'offerente, come quella prevista dall'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, nel momento in cui la suddetta disposizione della direttiva sembra soltanto prevedere, quale sanzione massima irrogabile all'offerente a seguito della constatazione di un motivo di esclusione nei confronti di un subappaltatore, la sostituzione di quest'ultimo.

In subordine, il giudice del rinvio si chiede se, nel caso in cui la Corte ritenesse che le disposizioni della direttiva 24/2014 non ostano ad una normativa nazionale quale l'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, una normativa siffatta sia conforme al principio di proporzionalità, per il fatto che l'esclusione dell'offerente è prevista in modo automatico e senza eccezioni, senza consentire in nessun caso la sostituzione del subappaltatore o la rinuncia dell'offerente ad avvalersene, neppure laddove il ricorso al subappalto non sia strettamente necessario ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Alla luce di tali circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) Se [l'articolo] 57 e [l'articolo] 71, paragrafo 6, della direttiva [2014/24] ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del [codice dei contratti pubblici], 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 tema indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato.

2) In subordine, laddove la [Corte] ritenga che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, se il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 5 TUE, richiamato al considerando 101 della direttiva [2014/24] e indicato quale principio generale del diritto dell'Unione europea dalla [Corte], osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del [codice dei contratti pubblici], 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 dichiarerà di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni”.

Il 27 febbraio 2019, la Corte, in applicazione dell'art. 101 del proprio regolamento di procedura, ha trasmesso al giudice del rinvio una richiesta di chiarimenti, al fine di sapere, segnatamente, se Tim fosse tenuta ad indicare tre subappaltatori nella propria offerta e, in caso affermativo, se essa fosse tenuta ad avvalersi di questi tre subappaltatori o, quantomeno, di uno di essi nel caso in cui l'appalto in questione nel procedimento

principale le fosse stato attribuito. Il giudice del rinvio è stato altresì invitato a indicare se, nell'elaborazione della sua offerta, Tim fosse tenuta a verificare, ai sensi della normativa italiana, che i subappaltatori che essa intendeva designare nella propria offerta non erano interessati dal motivo di esclusione di cui all'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, trasposto nell'ordinamento italiano mediante l'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici, e se essa avesse la possibilità concreta di farlo.

Nella sua risposta, pervenuta nella cancelleria della Corte il 26 marzo 2019, il giudice del rinvio ha, anzitutto, precisato che Tim era obbligata ad indicare un numero fisso di tre subappaltatori soltanto laddove essa intendesse riservarsi la possibilità di avvalersi del subappalto in caso di aggiudicazione dell'appalto in questione nel procedimento principale. Detto giudice ha poi indicato che Tim non era tenuta ad avvalersi dei tre subappaltatori menzionati nella propria offerta, e neppure di uno di essi, in caso di aggiudicazione di tale appalto. Infine, il giudice nazionale ha chiarito che Tim non era tenuta, a norma della legislazione italiana, a verificare che i subappaltatori che essa intendeva designare nella propria offerta non fossero interessati dal motivo di esclusione di cui all'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, e che una verifica siffatta esigeva comunque la cooperazione dei subappaltatori coinvolti.

Con lettera del 15 luglio 2019 inviata alla cancelleria della Corte, il governo austriaco ha chiesto la riapertura della fase orale del procedimento a norma dell'art. 83 del regolamento di procedura. A questo proposito, esso ha fatto valere che il par. 52 delle conclusioni dell'avvocato generale non rispecchia fedelmente il ragionamento che sta alla base della tesi sviluppata da detto governo nelle proprie osservazioni scritte.

Ai sensi dell'art. 83 del regolamento di procedura, la Corte può, in qualsiasi momento, sentito l'avvocato generale, disporre l'apertura o la riapertura della fase orale del procedimento, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta, o quando, dopo la chiusura di tale fase, una parte ha addotto un fatto nuovo, tale da influenzare in modo decisivo la decisione della Corte, oppure quando la causa dev'essere decisa in base a un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti o gli interessati menzionati dall'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel caso di specie, la Corte, sentito l'avvocato generale, si reputa in possesso di tutti gli elementi necessari per rispondere ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio e ritiene che la presente causa non debba essere esaminata alla luce di un fatto nuovo idoneo ad esercitare un'influenza decisiva sulla sua decisione o di un argomento che non è stato discusso dinanzi ad essa.

Nella misura in cui la domanda di riapertura della fase orale del procedimento deve essere intesa nel senso che la Corte sarebbe non sufficientemente edotta in merito alla tesi del governo austriaco in ragione delle considerazioni espresse dall'avvocato generale al par. 52 delle sue conclusioni, occorre ricordare, da un lato, che lo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il regolamento di procedura non prevedono la facoltà per le parti interessate di presentare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale (sent. 22 novembre 2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-295/17, EU:C:2018:942, punto 26 e la giurisprudenza ivi citata).

Dall'altro lato, ai sensi dell'art. 252, comma 2, TFUE, l'avvocato generale ha il compito di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate riguardo alle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento. In proposito, la Corte non è vincolata né alle conclusioni dell'avvocato generale, né alle motivazioni sulla scorta delle quali egli perviene a tali conclusioni (sent. 16 settembre 2015, *Société des Produits Nestlé*, C-215/14, EU:C:2015:604, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata).

Ciò premesso, dato che la tesi del governo austriaco risulta chiaramente dalle osservazioni scritte di quest'ultimo e che le conclusioni dell'avvocato generale non vincolano la Corte riguardo all'esposizione o all'interpretazione della tesi suddetta, occorre considerare che la Corte non è insufficientemente edotta ai sensi dell'art. 83 del regolamento di procedura.

Pertanto, occorre respingere la domanda di riapertura della fase orale del procedimento.

(...) Con i suoi quesiti, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 24/2014 e il principio di proporzionalità ostino ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad escludere automaticamente un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dall'art. 57, par. 4, lett. a), di detta direttiva.

Ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di affidamento d'appalto qualora esse possano dimostrare, con qualunque mezzo adeguato, una violazione degli obblighi applicabili di cui all'art. 18, par. 2, di detta direttiva.

Occorre rilevare, in via preliminare, che dall'art. 2, par. 1, punto 10, della direttiva 24/2014 risulta che l'"operatore economico" è definito 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 di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Riguardo ad un motivo di esclusione facoltativo quale quello previsto dall'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, occorre rilevare anzitutto che, in conformità dell'art. 57, par. 7, di tale direttiva, spetta agli Stati membri specificare, nel rispetto del diritto dell'Unione, le "condizioni di applicazione" di tale articolo.

Risulta dalla giurisprudenza della Corte che l'art. 57, par. 7, della direttiva 24/2014 non ha come obiettivo una uniformità di applicazione dei motivi di esclusione ivi indicati a livello dell'Unione, nella misura in cui gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tali motivi o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. Gli Stati membri dispongono dunque di un sicuro margine di discrezionalità nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti dall'art. 57, par. 4, della diret-

tiva 24/2014 (v., per analogia, sent. 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punti 31 e 32).

Per quanto riguarda il motivo di esclusione facoltativo previsto dall'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, occorre sottolineare, come rilevato dall'avvocato generale al par. 32 delle sue conclusioni, che tale motivo è enunciato in maniera impersonale, senza che venga precisato l'autore della violazione degli obblighi contemplati dall'art. 18, par. 2, della medesima direttiva. Di conseguenza, occorre constatare che il tenore letterale dell'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, anche laddove esso venga letto alla luce del considerando 101, comma 1, della direttiva stessa, da cui risulta che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, non impedisce agli Stati membri di ritenere che l'autore della violazione constatata possa essere anche il subappaltatore, e di prevedere così la facoltà, o addirittura l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere, per tale ragione, l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

Occorre però ricordare che, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, bisogna tener conto non soltanto del tenore letterale della disposizione stessa, ma anche del suo contesto e dell'economia generale della normativa di cui essa fa parte, nonché degli obiettivi perseguiti da quest'ultima (sent. 5 luglio 2018, X, C-213/17, EU:C:2018:538, punto 26).

Per quanto riguarda, in primo luogo, il contesto dell'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, nonché l'economia generale di tale direttiva, occorre rilevare come tale disposizione faccia espresso riferimento ad una violazione degli obblighi contemplati dall'art. 18, par. 2, della direttiva in parola, vale a dire degli obblighi applicabili nei settori del diritto ambientale, sociale e del lavoro.

A questo proposito, occorre osservare che l'art. 18 della direttiva 24/2014, intitolato "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", è il primo articolo del Capo II di tale direttiva dedicato alle "[d]isposizioni generali" relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Così, stabilendo al par. 2 di tale articolo che gli operatori economici debbono rispettare, nell'esecuzione degli appalti, gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, il legislatore dell'Unione ha inteso erigere tale prescrizione a principio, allo stesso titolo degli altri principi contemplati al par. 1 del medesimo articolo, vale a dire i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, nonché di divieto di sottrazione di un appalto all'ambito di applicazione della direttiva 24/2014 o di limitazione artificiosa della concorrenza. Ne consegue che una prescrizione siffatta costituisce, nell'economia generale di tale direttiva, un valore cardine sul cui rispetto gli Stati membri devono vigilare in virtù della formulazione stessa dell'art. 18, par. 2, della direttiva in parola.

Alla luce di tali circostanze, la necessità di assicurare in modo adeguato il rispetto degli obblighi previsti dall'art. 18, par. 2, della direttiva 24/2014 deve permettere agli Stati membri, in sede di determinazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'art. 57, par. 4, lett. a), di detta direttiva, di ritenere che l'autore della violazione possa essere non soltanto l'operatore economico che ha presentato

l'offerta, ma anche i subappaltatori dei quali quest'ultimo intenda avvalersi. Infatti, l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente pretendere di attribuire l'appalto soltanto agli operatori economici che, sin dalla fase di procedura di affidamento dell'appalto, dimostrino la propria capacità di assicurare in modo adeguato, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, il rispetto degli obblighi suddetti, eventualmente avvalendosi di subappaltatori a loro volta rispettosi degli obblighi in questione.

Ne consegue che gli Stati membri possono prevedere, ai fini dell'applicazione dell'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi previsti dall'art. 18, par. 2, di detta direttiva.

Tale interpretazione è suffragata, in secondo luogo, dall'obiettivo sotteso all'art. 57, par. 4, della direttiva 24/2014. A questo proposito, occorre ricordare 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. In particolare, il motivo di esclusione facoltativo menzionato all'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, letto in combinato disposto con il considerando 101 di quest'ultima, si fonda su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che in questo ripone la seconda (v., per analogia, sent. 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 26 e la giurisprudenza ivi citata).

In combinazione con l'obiettivo specifico dell'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014, consistente nel garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, l'obiettivo relativo all'affidabilità dell'operatore economico deve permettere agli Stati membri di attribuire all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà, o addirittura l'obbligo, di ritenere affidabili unicamente gli operatori economici che, nell'elaborazione della loro offerta, abbiano dato prova della cura e della diligenza richieste affinché, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, gli obblighi in questione siano rispettati in qualsiasi circostanza, sia dagli operatori stessi sia dai subappaltatori cui tali operatori prevedono di affidare una parte dell'esecuzione dell'appalto.

Risulta dalle considerazioni che precedono che l'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata.

Ciò premesso, occorre ricordare, come si è indicato al punto 33 della presente sentenza, che gli Stati membri, allorché specificano le condizioni di applicazione dell'art. 57 della direttiva 24/2014, devono, a norma del par. 7 di tale articolo, rispettare il diritto dell'Unione.

A questo proposito, occorre ricordare, da un lato, che le amministrazioni aggiudicatrici devono, per tutta la durata della procedura, rispettare i principi valevoli per l'aggiudicazione degli appalti enunciati all'art. 18 della direttiva 24/2014, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità (sent. 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata), e, dall'altro lato, che, in osservanza del principio di proporzionalità che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva di cui sopra, come le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'art. 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 2016, Ambisig, C-46/15, EU:C:2016:530, punto 40, e dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Così, in primo luogo, qualora l'amministrazione aggiudicatrice si attivi per verificare nel corso della procedura di aggiudicazione di appalto, conformemente all'obbligo gravante su di essa in forza dell'art. 56, par. 1, lett. b), della direttiva 24/2014, letto alla luce del considerando 40 di quest'ultima, se esistano motivi di esclusione ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. a), della medesima direttiva, e la normativa nazionale stabilisca che detta amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico in ragione di una violazione, da parte di un subappaltatore, degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, essa è tenuta, al fine di rispettare il principio della parità di trattamento, a verificare l'esistenza di qualsiasi violazione degli obblighi suddetti nei confronti non soltanto di tutti gli operatori economici che hanno presentato un'offerta, ma anche di tutti i subappaltatori indicati da tali operatori nelle loro rispettive offerte.

Dal momento che tale verifica uniforme interviene nella fase della procedura di affidamento dell'appalto, occorre precisare che il principio della parità di trattamento non osta a che una normativa nazionale stabilisca che la constatazione di una violazione, in capo ad un subappaltatore, dopo l'attribuzione dell'appalto non determina l'esclusione dell'aggiudicatario, bensì soltanto la sostituzione del subappaltatore. Infatti, nella misura in cui tutti gli operatori economici e tutti i subappaltatori indicati nelle offerte di tali operatori siano stati sottoposti, nel corso della procedura di aggiudicazione dell'appalto, ad un processo di verifica condotto dall'amministrazione aggiudicatrice secondo identiche condizioni, occorre considerare che tali operatori e subappaltatori sono stati, sotto questo aspetto, trattati su un piede di parità durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto, dato che il principio della parità di trattamento non impedisce che sia prevista una regola differente qualora la violazione abbia potuto essere accertata soltanto successivamente nel corso della fase di esecuzione dell'appalto.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di proporzionalità, occorre ricordare, oltre alla giurisprudenza menzionata al punto 45 della presente sentenza, che dal considerando 101, comma 3, della direttiva 24/2014 risulta che, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi come quello enunciato all'art. 57, par. 4, lett. a), di tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione il carattere

lieve delle irregolarità commesse o il ripetersi di irregolarità lievi. Tale attenzione deve essere ancor più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'operatore economico che ha presentato l'offerta per una violazione commessa non da lui direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il controllo del quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari.

La necessità di rispettare il principio di proporzionalità risulta parimenti rispecchiata all'art. 57, par. 6, comma 1, della direttiva 24/2014, in virtù del quale un operatore economico, che si trovi segnatamente nella situazione contemplata all'art. 57, par. 4, lett. a), di detta direttiva, anche quando – come risulta dal punto 43 della presente sentenza – ciò derivi da una violazione constatata nei confronti di un subappaltatore indicato nell'offerta, può fornire delle prove al fine di attestare che le misure da esso prese sono sufficienti per dimostrare la sua affidabilità malgrado l'esistenza di detto motivo di esclusione. L'art. 57, par. 6, comma 1, della direttiva 24/2014 precisa che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Tale disposizione introduce dunque un meccanismo di misure correttive (*self-cleaning*) che sottolinea l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico (sent. 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 40 e 41).

Ne consegue che l'operatore economico che ha presentato l'offerta, ove corra il rischio di essere escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto a motivo di una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro imputabile ad uno dei subappaltatori di cui esso intende avvalersi, può dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di essere tuttora affidabile malgrado l'esistenza di un siffatto motivo di esclusione, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice, a norma dell'art. 57, par. 6, comma 3, della direttiva 24/2014, valutare gli elementi di prova forniti da tale operatore in funzione della gravità della situazione e delle particolari circostanze del caso di specie.

Orbene, la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale prevede in modo generale e astratto l'esclusione automatica dell'operatore economico qualora nei confronti di uno dei subappaltatori indicati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, indipendentemente dalle circostanze in cui si è verificata tale violazione, e stabilisce dunque una presunzione assoluta secondo cui l'operatore economico deve essere escluso per qualsiasi violazione imputabile ad uno dei suoi subappaltatori, senza lasciare all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, le particolari circostanze del caso di specie, e all'operatore economico quella di dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione di detta violazione.

In particolare, una normativa siffatta non permette all'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto, ai fini della valutazione della situazione, di una serie di fattori pertinenti, come i mezzi di cui l'operatore economico che ha presentato l'offerta disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo ai subappaltatori, o la presenza di un'indicazione, nella sua offerta, della propria capacità di eseguire l'appalto senza avvalersi necessariamente del subappaltatore in questione.

Date tali circostanze, una normativa nazionale che preveda una siffatta esclusione automatica dell'operatore economico che ha presentato l'offerta viola il principio di proporzionalità, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere automaticamente a tale esclusione a causa della violazione commessa da un subappaltatore, ed eccedendo così il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, a norma dell'art. 57, par. 7, della direttiva 24/2014, in ordine alla precisazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'art. 57, par. 4, lett. a), di detta direttiva nel rispetto del diritto dell'Unione. Una normativa siffatta priva altresì l'operatore economico della possibilità di dimostrare, conformemente all'art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014, la propria affidabilità malgrado l'esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori (v., per analogia, sentenze del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 30; del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punti 34 e 35, nonché del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punti 40 e 41).

Di conseguenza, un'esclusione automatica dell'operatore economico che ha presentato l'offerta, prevista dalla normativa nazionale, privando, da un lato, tale operatore della possibilità di fornire elementi circostanziati in merito alla situazione e, dall'altro, l'amministrazione aggiudicatrice della possibilità di disporre di un margine di discrezionalità al riguardo, non può essere considerata compatibile con l'art. 57, parr. 4 e 6, della direttiva 24/2014 e con il principio di proporzionalità (v., per analogia, sent. 6 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punti 42 e 43).

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 57, par. 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.

(...) L'art. 57, par. 4, lett. a), della direttiva 24/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 18/2004/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 57, par. 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione" (Corte di giustizia UE, sez. II, 30 gennaio 2020, sent. C-395/2018).

Da quanto sopra emerge chiaramente che il sistema delle fonti prevede che il diritto dei contratti pubblici sia regolato dalla Comunità Europea e affiancato da organismi

sovranzionali quali ad esempio il Wto, Organizzazione mondiale del commercio. Ne discende che le norme di fonte sovranazionale prevalgono su quelle statali e infrastatali che utilizzando il diritto pubblico e il diritto privato disciplinano la materia, con la giurisdizione mista del Giudice Amministrativo e di quello Ordinario.

Il principio generale è quello della concorrenza necessaria che prefigura un mercato unico europeo all'interno del quale si muovono i soggetti pubblici e privati.

(GIANFRANCO PERULLI)

2. La forma scritta dei contratti, l'aggiudicazione e le offerte

Le sei direttive che attualmente regolano il diritto comunitario sugli appalti pubblici riguardano gli appalti aggiudicati dallo Stato, dagli enti territoriali, dagli organismi di ambito pubblico e dalle associazioni tra tali enti.

Gli appalti pubblici necessitano della forma scritta nei contratti, sia che si tratti di un contratto di valore pari o superiore e delle soglie minime, che si concludono tra imprese da una parte e l'ente aggiudicatore dall'altra, aventi ad oggetto l'esecuzione o la progettazione di lavori o la fornitura di prodotti, o di servizi.

L'iter procedurale consiste in una fase di preselezione e una fase di valutazione delle offerte.

Quella di preselezione ha procedura aperta, ristretta e negoziata, vi sono poi il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e il concorso di progettazione.

Circa l'iter procedurale negli appalti la CGUE ha recentemente insegnato che: "è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato.

La concezione della procedura di 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 d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

(...) Ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di affidamento d'appalto qualora esse possano dimostrare, con qualunque mezzo adeguato, una violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2, di detta direttiva.

Per quanto riguarda il motivo di esclusione facoltativo previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, occorre sottolineare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, che tale motivo è enunciato in maniera impersonale, senza che venga precisato l'autore della violazione degli obblighi contemplati dall'articolo 18, paragrafo 2, della medesima direttiva. Di conseguenza, occorre constatare che il tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, anche laddove esso venga letto alla luce del considerando 101, primo comma, della direttiva stessa, da cui risulta che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, non impedisce agli Stati membri di ritenere che l'autore della violazione constatata possa essere anche il subappaltatore, e di prevedere così la facoltà, o addirittura l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere, per tale ragione, l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

(...) La necessità di assicurare in modo adeguato il rispetto degli obblighi previsti dall'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 deve permettere agli Stati membri, in sede di determinazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva, di ritenere che l'autore della violazione possa essere non soltanto l'operatore economico che ha presentato l'offerta, ma anche i subappaltatori dei quali quest'ultimo intenda avvalersi. Infatti, l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente pretendere di attribuire l'appalto soltanto agli operatori economici che, sin dalla fase di procedura di affidamento dell'appalto, dimostrino la propria capacità di assicurare in modo adeguato, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, il rispetto degli obblighi suddetti, eventualmente avvalendosi di subappaltatori a loro volta rispettosi degli obblighi in questione.

Ne consegue che gli Stati membri possono prevedere, ai fini dell'applicazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi previsti dall'articolo 18 paragrafo 2, di detta direttiva.

Tale interpretazione è suffragata, in secondo luogo, dall'obiettivo sotteso all'artico-

lo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24. A questo proposito, occorre ricordare 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. In particolare, il motivo di esclusione facoltativo menzionato all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), 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 e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che in questo ripone la seconda (v., per analogia, sentenza del 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 26 e la giurisprudenza ivi citata).

(...) risulta dalle considerazioni che precedono che l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di tale operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata.

Ciò premesso, occorre ricordare, come si è indicato al punto 33 della presente sentenza, che gli Stati membri, allorché specificano le condizioni di applicazione dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, devono, a norma del paragrafo 7 di tale articolo, rispettare il diritto dell'Unione.

A questo proposito, occorre ricordare, da un lato, che le amministrazioni aggiudicatrici devono, per tutta la durata della procedura, rispettare i principi valevoli per l'aggiudicazione degli appalti enunciati all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità (sentenza del 26 settembre 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata), e, dall'altro lato, che, in osservanza del principio di proporzionalità che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva di cui sopra, come le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, punto 40, e del 8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Così, in primo luogo, qualora l'amministrazione aggiudicatrice si attivi per verificare nel corso della procedura di aggiudicazione di appalto, conformemente all'obbligo gravante su di essa in forza dell'articolo 56, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/24, letto alla luce del considerando 40 di quest'ultima, se esistano motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della medesima direttiva, e la normativa nazionale stabilisca che detta amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico in ragione di una violazio-

ne, da parte di un subappaltatore, degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, essa è tenuta, al fine di rispettare il principio della parità di trattamento, a verificare l'esistenza di qualsiasi violazione degli obblighi suddetti nei confronti non soltanto di tutti gli operatori economici che hanno presentato un'offerta, ma anche di tutti i subappaltatori indicati da tali operatori nelle loro rispettive offerte.

Dal momento che tale verifica uniforme interviene nella fase della procedura di affidamento dell'appalto, occorre precisare che il principio della parità di trattamento non osta a che una normativa nazionale stabilisca che la constatazione di una violazione, in capo ad un subappaltatore, dopo l'attribuzione dell'appalto non determina l'esclusione dell'aggiudicatario, bensì soltanto la sostituzione del subappaltatore. Infatti, nella misura in cui tutti gli operatori economici e tutti i subappaltatori indicati nelle offerte di tali operatori siano stati sottoposti, nel corso della procedura di aggiudicazione dell'appalto, ad un processo di verifica condotto dall'amministrazione aggiudicatrice secondo identiche condizioni, occorre considerare che tali operatori e subappaltatori sono stati, sotto questo aspetto, trattati su un piede di parità durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto, dato che il principio della parità di trattamento non impedisce che sia prevista una regola differente qualora la violazione abbia potuto essere accertata soltanto successivamente nel corso della fase di esecuzione dell'appalto.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di proporzionalità, occorre ricordare, oltre alla giurisprudenza menzionata al punto 45 della presente sentenza, che dal considerando 101, terzo comma, della direttiva 2014/24 risulta che, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi come quello enunciato all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità, prendendo segnatamente in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o il ripetersi di irregolarità lievi. Tale attenzione deve essere ancor più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'operatore economico che ha presentato l'offerta per una violazione commessa non da lui direttamente, bensì da un soggetto estraneo alla sua impresa, per il controllo del quale detto operatore può non disporre di tutta l'autorità richiesta e di tutti i mezzi necessari.

La necessità di rispettare il principio di proporzionalità risulta parimenti rispecchiata all'articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24, in virtù del quale un operatore economico, che si trovi segnatamente nella situazione contemplata all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva, anche quando— come risulta dal punto 43 della presente sentenza — ciò derivi da una violazione constatata nei confronti di un subappaltatore indicato nell'offerta, può fornire delle prove al fine di attestare che le misure da esso prese sono sufficienti per dimostrare la sua affidabilità malgrado l'esistenza di detto motivo di esclusione.

L'articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24 precisa che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto. Tale disposizione introduce dunque un meccanismo di misure correttive (*self-cleaning*) che sottolinea l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico (sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 40 e 41)" (CGUE 30 gennaio 2020 n. C-395/18).

Relativamente alle procedure di aggiudicazione dell'appalto pubblico la CGUE ha

avuto modo di fare delle precisazioni nel corso dell'emergenza sanitaria covid-19 che a partire da marzo 2020 ha interessato tutta l'Europa: "per quanto riguarda gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva (2014/24 UE), l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di aggiudicare l'appalto seguendo una procedura aperta o ristretta. Per quanto riguarda le procedure aperte soggette alla direttiva, si applica un termine di 35 giorni per la presentazione delle offerte.

Per quanto riguarda invece le procedure ristrette, la direttiva prevede un termine di 30 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione, seguito da un ulteriore termine di 30 giorni per la presentazione delle offerte.

Quest'ultimo termine può, se tale opzione è prevista dalla legislazione nazionale, essere fissato di concerto tra le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, quali le autorità regionali o locali, e i partecipanti; in assenza di un accordo può essere applicato un termine minimo di 10 giorni (...).

Se sussiste l'urgenza, la direttiva prevede una riduzione sostanziale dei termini generali: nel quadro della procedura aperta il termine per la presentazione delle offerte può essere ridotto a 15 giorni in casi di urgenza debitamente motivata; nel quadro della procedura ristretta, il termine per la presentazione di una domanda di partecipazione può essere ridotto a 15 giorni e quello per la presentazione di un'offerta a 10 giorni. Ciò consente una rapida aggiudicazione dell'appalto.

Ricorrere a una procedura aperta o ristretta 'accelerata' rispetta i principi di parità di trattamento e di trasparenza e garantisce la concorrenza anche in casi di urgenza. In casi di urgenza che non consentono di rispettare i termini minimi applicabili in circostanze normali, le amministrazioni aggiudicatrici possono ridurre i termini applicabili a una procedura di appalto aperta o ristretta in linea con la direttiva.

(...) Con la 'procedura negoziata senza previa pubblicazione', il diritto dell'Unione fornisce un ulteriore strumento che consentirà una più rapida aggiudicazione degli appalti in modo da soddisfare le esigenze connesse alla pandemia di Covid-19.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione 'nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici' (articolo 32, paragrafo 2, lettera c), della direttiva)" (G.U.C.E. 2020/C 108 I/01-1° aprile 2020).

La CGUE è intervenuta sulla necessità di rifare una procedura d'appalto nel caso in cui ci si trovi davanti a modifiche del contratto d'appalto insegnando che: "ai sensi dei considerando 12, 113, 115 e 117 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" (G.U. 2014, L 94, pag. 243): "(12) La nozione di 'amministrazioni aggiudicatrici' e, in particolare, quella di 'organismi di diritto pubblico' sono state esaminate ripetutamente nella giurisprudenza della [Corte].

Per precisare che l'ambito di applicazione della presente direttiva *ratione personae*

dovrebbe rimanere invariato è appropriato mantenere le definizioni su cui si è basata la Corte e inserire alcune precisazioni fornite da detta giurisprudenza quale chiave di lettura delle definizioni stesse, senza l'intenzione di alterare la comprensione di tale concetto quale elaborato dalla giurisprudenza. (...).

È necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della [Corte], le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto.

La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e [a] contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale.

Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale.

Le modifiche del contratto comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto.

A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie 'de minimis', al di sotto delle quali non è necessaria una nuova procedura di appalto" (CGUE sent. n. 263/2019).

L'aggiudicazione avviene o con il metodo del prezzo più basso o con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo la CGUE: "va ricordato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza significano, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità, sia nel momento in cui preparano le loro offerte sia nel momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice, e costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 37 e giurisprudenza ivi citata). Il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano a un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica, quindi, che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Un'applicazione restrittiva del principio di parità di trattamento tra offerenti, nell'ambito di una procedura negoziata, condurrebbe alla conclusione che solo gli operatori economici così come sono stati prequalificati possano presentare offerte e diventare aggiudicatari (v., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punti 38 e 39).

Tale approccio trova fondamento nell'articolo 28, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, secondo il quale "[s]oltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalle amministrazioni aggiudicatrici in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno presentare un'offerta", il che presuppone un'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte.