

SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

6 novembre 2014 (*)

«Appalti pubblici – Principi di parità di trattamento e di trasparenza – Direttiva 2004/18/CE – Motivi di esclusione dalla partecipazione – Articolo 45 – Situazione personale del candidato o dell’offerente – Dichiarazione obbligatoria relativa alla persona indicata come “direttore tecnico” – Omissione della dichiarazione nell’offerta – Esclusione dall’appalto senza possibilità di rettificare tale omissione»

Nella causa C-42/13,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), con ordinanza del 5 dicembre 2012, pervenuta in cancelleria il 28 gennaio 2013, nel procedimento

Cartiera dell’Adda SpA

contro

CEM Ambiente SpA,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da C. Vajda (relatore), presidente di sezione, E. Juhász e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: P. Cruz Villalón

cancelliere: L. Carrasco Marco, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 15 maggio 2014,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Cartiera dell’Adda SpA, da S. Soncini, avvocato;
- per la CEM Ambiente SpA, da E. Robaldo, P. Ferraris e F. Caliandro, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da L. Pignataro-Nolin e A. Tokár, 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 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), come modificata dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009 (GU L 314, pag. 64; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Cartiera dell'Adda SpA (in prosieguo: la «Cartiera dell'Adda») e la CEM Ambiente SpA (in prosieguo: la «CEM Ambiente»), in merito ad una decisione di quest'ultima, in quanto amministrazione aggiudicatrice, di escludere la costituenda associazione temporanea di imprese (in prosieguo: l'«ATI»), composta dalla Cartiera dell'Adda e dalla Cartiera di Cologno Monzese SpA (in prosieguo: la «CCM»), tale ultima società in qualità di mandante dell'ATI, da una procedura di selezione per il mancato deposito, con l'offerta dell'ATI, di una dichiarazione relativa alla persona indicata come direttore tecnico della CCM.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 All'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18, la nozione di «appalti pubblici di servizi» è definita, ai fini di tale direttiva, come appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II a tale direttiva. Al punto 16 dell'allegato II A alla medesima sono menzionati i servizi di «Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti: disinfestazione e servizi analoghi».
- 4 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti»: «Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».
- 5 L'articolo 45 della direttiva 2004/18, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», prevede, ai suoi paragrafi 1 e 3:

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

(...)

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

Essi possono prevedere una deroga all'obbligo di cui al primo comma per esigenze imperative di interesse generale.

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

sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente.

(...)

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

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

(...)

Qualora non siano rilasciati dal paese in questione o non menzionino tutti i casi previsti al paragrafo 1 e al paragrafo 2, lettere a), b) o c), i documenti o i certificati possono essere sostituiti da una dichiarazione giurata ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, da una dichiarazione solenne resa dalla persona interessata innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato del paese d'origine o di provenienza».

6 L'articolo 51 di detta direttiva, intitolato «Documenti e informazioni complementari», prevede quanto segue:

«L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50».

Diritto italiano

7 L'articolo 38, commi 1 e 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»), prevede quanto segue:

«1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

(...)

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; (...)

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno

dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, [della] direttiva [2004/18/CE]; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; (...)

(...)

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione (...).

8 Ai sensi dell'articolo 46, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006:

«Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

9 Dalla decisione di rinvio risulta che la CEM Ambiente ha indetto, mediante bando pubblico di gara, una procedura di aggiudicazione per la conclusione di un contratto per la cessione di carta e di cartone provenienti dalle raccolte differenziate di rifiuti solidi urbani per il periodo dal 1° aprile 2011 al 31 marzo 2014. Tale contratto doveva essere aggiudicato al concorrente che avesse offerto di pagare i prezzi più alti per ritirare i quantitativi indicati di tali materiali, secondo le modalità dettagliatamente precisate nel capitolato d'oneri riguardante detta procedura.

10 Occorre rilevare che tale capitolato d'oneri, di cui una copia è stata allegata al fascicolo sottoposto alla Corte, prevede, al suo articolo 8, una serie di motivi di esclusione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Tra essi figura l'incompletezza o l'irregolarità di uno dei documenti e/o delle dichiarazioni sostitutive richiesti a dimostrazione del possesso dei requisiti generali e speciali, fatto salvo il caso di irregolarità solo formali, sanabili e non decisive ai fini della valutazione dell'offerta.

11 Con decisione del 21 dicembre 2010, la CEM Ambiente ha escluso l'ATI dalla suddetta procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che l'offerta di tale associazione non conteneva una dichiarazione relativa al sig. Galbiati, indicato come direttore tecnico della CCM, attestante l'assenza di procedimenti penali pendenti o di condanne passate in giudicato nei confronti di quest'ultimo, come previsto dall'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006. Poiché anche l'unico altro offerente era stato escluso dalla stessa procedura di selezione, la CEM Ambiente l'ha dichiarata deserta e ha indetto una nuova procedura di aggiudicazione.

12 Dopo aver preso conoscenza della decisione di escludere l'ATI dalla prima procedura di selezione, la CCM ha trasmesso alla CEM Ambiente una dichiarazione in cui essa ha precisato che il sig. Galbiati non era oggetto di alcuna causa ostativa prevista da tale articolo. In seguito essa ha altresì indicato che quest'ultimo era stato menzionato erroneamente come direttore tecnico, essendo solamente un consigliere di amministrazione della CCM, senza alcun potere di rappresentanza. Di conseguenza, non sarebbe richiesta alcuna dichiarazione a suo riguardo ai sensi dell'articolo 38 del

decreto legislativo n. 163/2006.

- 13 In mancanza di risposta da parte della CEM Ambiente a tali comunicazioni, la Cartiera dell'Adda e la CCM hanno adito il giudice del rinvio con un ricorso volto all'annullamento della decisione di esclusione dell'ATI dalla prima procedura di aggiudicazione e del bando relativo all'indizione di una nuova procedura. Con sentenza del 25 maggio 2011, detto giudice ha accolto tale ricorso, respingendo tuttavia la domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione del contratto.
- 14 Il 23 giugno 2011 la CEM Ambiente ha presentato ricorso avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato. Il giorno seguente la Cartiera dell'Adda ha adito il giudice del rinvio con un ricorso per l'ottemperanza della stessa sentenza.
- 15 Con sentenza del 31 marzo 2012, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso della CEM Ambiente, ritenendo che l'omessa produzione di una dichiarazione, come quella di cui trattasi, debba comportare l'esclusione dell'impresa offerente dalla procedura di selezione, quanto meno quando, come nella fattispecie, la *lex specialis* sanziona l'assenza di una siffatta dichiarazione con l'esclusione da tale procedura. Esso ritiene che nella procedura di cui trattasi si fosse in presenza non già di un obbligo di completare o di regolarizzare un documento incompleto o difettoso sotto qualche profilo, bensì della plateale omissione di una dichiarazione obbligatoria.
- 16 Nell'ambito del procedimento relativo al ricorso per ottemperanza dinanzi al giudice del rinvio, la Cartiera dell'Adda ha depositato, il 26 giugno 2012, una memoria nella quale, da un lato, ha dedotto che il giudicato formatosi in dipendenza di detta sentenza del Consiglio di Stato fosse in contrasto con l'articolo 45 della direttiva 2004/18 e, dall'altro, chiedendo di adire la Corte in via pregiudiziale.
- 17 Con ordinanza del 28 giugno 2012, il giudice del rinvio, constatando di essere stato adito anche con una domanda di risarcimento motivata dal ritardo nell'esecuzione della sua sentenza del 25 maggio 2011, ha deciso che la domanda dovesse proseguire nelle forme del procedimento ordinario. L'importo del risarcimento richiesto dalla Cartiera dell'Adda è superiore a EUR 9 milioni.
- 18 Il giudice del rinvio si chiede, sostanzialmente, se il diritto dell'Unione osti all'interpretazione di una disposizione nazionale, finalizzata a trasporre nel diritto interno l'articolo 45 della direttiva 2004/18, secondo la quale l'amministrazione aggiudicatrice è obbligata ad escludere da una procedura di aggiudicazione un offerente che abbia omesso di dichiarare, nella propria domanda di partecipazione, che una persona identificata come direttore tecnico non è oggetto di procedimento o di condanna ai sensi di tale disposizione nazionale, anche qualora tale offerente sia in grado di provare, da un lato, che la qualità di direttore tecnico era stata attribuita erroneamente a tale persona e, dall'altro, che quest'ultima soddisfaceva comunque i requisiti per presentare la dichiarazione richiesta.
- 19 Nella decisione di rinvio detto giudice rileva, inoltre, che la facoltà prevista all'articolo 46 del decreto legislativo n. 163/2006 per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere, nel corso della procedura, i chiarimenti o le integrazioni che considera necessari si applica solo nei casi tassativamente previsti da tale disposizione, di modo che detta amministrazione aggiudicatrice non potrebbe istruire liberamente la procedura nei casi in cui le dichiarazioni siano state omesse.
- 20 Peraltro, il giudice del rinvio sostiene, richiamando in particolare le sentenze Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78) nonché Fallimento Olimpclub (C-2/08, EU:C:2009:506), che una decisione nazionale che abbia acquisito l'autorità di cosa giudicata, quale la sentenza del Consiglio di Stato del 31 marzo 2012, sia suscettibile di essere disapplicata in quanto contraria al diritto dell'Unione. Orbene, dalla

giurisprudenza della Corte deriverebbe che il controllo relativo alle condizioni di partecipazione alle procedure pubbliche di appalto debba vertere sul merito – cioè che si debba verificare che le condizioni richieste per la partecipazione a tali procedure siano soddisfatte – e non solo sul carattere formalmente completo dei documenti amministrativi contenuti nelle offerte presentate nei termini. In conclusione, il giudice del rinvio si chiede se l'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del decreto legislativo n. 163/2006 sia conforme all'articolo 45 della direttiva 2004/18.

21 In tali circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia, o meno, contrastante con il diritto [dell'Unione] l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia omesso di dichiarare, nella propria domanda di partecipazione, l'assenza dei procedimenti e delle condanne previste dall'articolo 38, comma 1, [lettere] b) e c), del [decreto legislativo n. 163/2006] nei confronti di un proprio direttore tecnico, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa anche nel caso in cui quest'ultima abbia congruamente provato che la qualificazione di direttore tecnico era stata indicata per mero errore materiale.

2) [S]e sia, o meno, contrastante con il diritto [dell'Unione] l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia offerto un'utile e congrua prova dell'assenza, nei confronti dei soggetti tenuti alle dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma 1, [lettere] b) e c), [del decreto legislativo n. 163/2006,] dei procedimenti e delle condanne ivi previste, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa quale conseguenza dell'inottemperanza ad una previsione della *lex specialis* con cui sia stata indetta la pubblica gara».

22 Con ordinanza del presidente della Corte del 18 luglio 2013, è stata respinta la domanda del giudice del rinvio volta a sottoporre la presente causa al procedimento accelerato, previsto all'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

23 La CEM Ambiente e il governo italiano rilevano che la domanda di pronuncia pregiudiziale è proposta nell'ambito di un ricorso per l'ottemperanza di una sentenza del giudice del rinvio – e di un ricorso diretto al risarcimento del danno per il ritardo in tale ottemperanza – che è stata pure riformata dalla sentenza del Consiglio di Stato del 31 marzo 2012, la quale ha acquisito autorità di cosa giudicata, di modo che la questione della legittimità della decisione di escludere l'ATI dalla procedura di selezione di cui al procedimento principale non potrebbe più essere rimessa in discussione dal giudice del rinvio nell'ambito dell'esame di tali ricorsi. Essi ne deducono che le questioni sottoposte da quest'ultimo avrebbero natura ipotetica e sarebbero a tale titolo irricevibili.

24 I suddetti interessati fanno altresì valere che le questioni deferite riposano su un contesto in fatto distinto da quello accertato dal Consiglio di Stato nella sua sentenza del 31 marzo 2012. Così, la circostanza di fatto sulla quale riposa la prima questione, ossia la sussistenza di un errore materiale nell'attribuzione al sig. Galbiati della qualità di direttore tecnico, non sarebbe stata accertata da quest'ultimo giudice. Quanto alla seconda questione, il giudice del rinvio avrebbe omesso di rilevare che le prove da esso menzionate erano state prodotte oltre i termini.

25 Il governo italiano, inoltre, ritiene che le questioni sottoposte abbiano ad oggetto non già

l'interpretazione del diritto dell'Unione, bensì l'esame del contesto in fatto del procedimento principale. Si dovrebbe, infatti, verificare se le condizioni che consentono la regolarizzazione di un documento incompleto si siano verificate, circostanza che il Consiglio di Stato avrebbe escluso.

- 26 Si deve ricordare, in primo luogo, che, secondo una giurisprudenza costante, l'articolo 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che una controversia dinanzi ad essi pendente susciti questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione che siano necessari per la decisione nella causa di cui sono investiti. Del resto, i giudici nazionali sono liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento essi ritengano opportuno (sentenza *Bericap Záródástechnikai*, C-180/11, EU:C:2012:717, punto 53 e giurisprudenza ivi citata).
- 27 La Corte ne ha dedotto che una norma di diritto nazionale, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non può privare detti primi organi giurisdizionali della facoltà di sottoporle questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, relative a dette valutazioni. La Corte ha infatti considerato che il giudice che non decide in ultima istanza dev'essere libero, se esso ritiene che la valutazione in diritto formulata dal giudice di grado superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le questioni con cui deve confrontarsi (v. sentenze *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punti 25 e 27, nonché *Interedil*, C-396/09, EU:C:2011:671, punto 35).
- 28 Ne consegue che la sentenza del Consiglio di Stato del 31 marzo 2012, quand'anche abbia l'autorità di cosa giudicata secondo il diritto nazionale, non può impedire al giudice del rinvio di deferire alla Corte questioni pregiudiziali, se questi ritiene che tale sentenza possa essere contraria al diritto dell'Unione.
- 29 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la pretesa natura ipotetica delle questioni pregiudiziali, si deve ricordare che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sottoposte dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non abbia alcun rapporto con la realtà o l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenza *Genil 48 e Comercial Hostalera de Grandes Vinos*, C-604/11, EU:C:2013:344, punto 26).
- 30 Nel caso di specie, non può concludersi che le questioni formulate siano ipotetiche. Esse sono state poste nell'ambito di un procedimento in cui la Cartiera dell'Adda mira, in particolare, ad ottenere il risarcimento del danno per il ritardo nell'esecuzione della sentenza del giudice del rinvio del 25 maggio 2011 che ha annullato la decisione della CEM Ambiente di escludere l'ATI dalla procedura di selezione di cui al procedimento principale. Pertanto, non sembra che tali questioni, vertenti sulla conformità al diritto dell'Unione di una siffatta decisione di esclusione, siano prive di rilevanza per la soluzione della controversia di cui al procedimento principale. Inoltre, nonostante l'esistenza della sentenza del Consiglio di Stato del 31 marzo 2012, non può concludersi a priori che sia venuta meno la materia del contendere.
- 31 In terzo luogo, per quanto riguarda le pretese inesattezze e carenze nell'esposizione dei fatti di cui al procedimento principale, è sufficiente constatare, come risulta altresì dal punto 29 della presente sentenza, che è compito unicamente del giudice nazionale definire il contesto di fatto della

controversia che ha dato luogo a tali questioni e che non spetta alla Corte pronunciarsi sulla valutazione fornita a tale riguardo da detto giudice (v., in tal senso, sentenza van Delft e a., C-345/09, EU:C:2010:610, punto 114).

- 32 Infine, in quarto luogo, risulta dalla formulazione stessa delle questioni sottoposte che il giudice del rinvio chiede alla Corte di effettuare non già un esame di detto contesto di fatto, ma un'interpretazione del diritto dell'Unione che possa essergli utile per risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente.
- 33 Dalle precedenti considerazioni deriva che le questioni pregiudiziali sono ricevibili.

Nel merito

- 34 In via preliminare, si deve rilevare che, da un lato, sebbene il giudice del rinvio non menzioni l'articolo 45 della direttiva 2004/18 nel testo delle sue questioni, dalla decisione di rinvio stessa e, in particolare, dal paragrafo introduttivo delle questioni sottoposte risulta che tale giudice si interroga sulla conformità dell'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del decreto legislativo n. 163/2006 a tale articolo 45.
- 35 D'altro canto, solo la seconda questione fa riferimento all'inosservanza, da parte di un operatore economico che partecipi ad una gara d'appalto, di una disposizione contenuta nei documenti dell'appalto, quali il bando di gara e il capitolato d'oneri, riguardanti la procedura di aggiudicazione di cui al procedimento principale. Tuttavia, il motivo di esclusione menzionato nelle due questioni è lo stesso e figura, come risulta dal punto 10 della presente sentenza, all'articolo 8 del capitolato d'oneri.
- 36 Pertanto si deve considerare che, con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 45 della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso osta all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona.
- 37 Per quanto riguarda la questione se l'appalto di cui al procedimento principale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, la Commissione europea ha ritenuto, durante l'udienza, che tale appalto costituisca un appalto pubblico di servizi, come definito all'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), di tale direttiva e contemplato più specificamente al punto 16 dell'allegato II A alla stessa.
- 38 Per contro, la CEM Ambiente è dell'avviso che tale appalto abbia ad oggetto un contratto di compravendita di beni mobili oppure, tenuto conto dell'obbligo di trattamento dei rifiuti di cui è provvisto, costituisca tutt'al più una concessione di servizi. Pertanto, esso non rientrerebbe in alcun caso nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18.
- 39 In primo luogo, nell'ipotesi in cui l'appalto di cui al procedimento principale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare, occorre ricordare che l'articolo 45 di tale direttiva prevede, ai suoi paragrafi 1 e 2, una serie di motivi di esclusione di un offerente riguardanti la sua situazione personale. Il paragrafo 3 del medesimo

articolo indica quali documenti le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad accettare come prova sufficiente del fatto che tale offerente non si trova nelle situazioni contemplate ai paragrafi 1 e 2, ad eccezione delle situazioni menzionate al medesimo paragrafo 2, lettere d) e g).

- 40 Dalla decisione di rinvio non risulta che sia messa in discussione, nell'ambito del procedimento principale, la compatibilità con tali disposizioni della direttiva 2004/18 delle cause di esclusione elencate all'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del decreto legislativo n. 163/2006 e dell'obbligo di presentare una «dichiarazione sostitutiva» previsto al comma 2 di tale articolo. Tantomeno si afferma che l'esclusione di un offerente dall'appalto a causa dell'inosservanza, da parte sua, di detto obbligo sia, di per sé, contraria a tale direttiva. Per contro, il giudice del rinvio nutre dubbi circa la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'impossibilità per tale offerente di rimediare, successivamente al deposito della propria offerta, al fatto di non aver allegato alla stessa una siffatta dichiarazione, o comunicandola all'amministrazione aggiudicatrice oppure dimostrando che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita all'interessato.
- 41 A tale riguardo, è pacifico che dai documenti dell'appalto di cui al procedimento principale risulta che, da un lato, la «dichiarazione sostitutiva» contemplata all'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006, riguardante la persona indicata come direttore tecnico dell'operatore economico interessato, doveva essere allegata all'offerta presentata da quest'ultimo sotto pena di esclusione dalla procedura di aggiudicazione e, dall'altro, che era possibile rimediare a posteriori unicamente a irregolarità meramente formali e non decisive per la valutazione dell'offerta.
- 42 Orbene, la Corte ha già dichiarato che spetta all'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati, di modo che essa è tenuta ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era prevista nei documenti di tale appalto sotto pena di esclusione (v., in tal senso, sentenza Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 40).
- 43 Tale obbligo rigoroso che incombe alle amministrazioni aggiudicatrici rientra nel principio di parità di trattamento e nell'obbligo di trasparenza che ne deriva ai quali queste ultime sono soggette, in forza dell'articolo 2 della direttiva 2004/18.
- 44 Da un lato, infatti, il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punti da 108 a 111).
- 45 Ne consegue che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, l'articolo 45 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, non osta all'esclusione di un offerente a causa del fatto che questi non ha allegato alla propria offerta una dichiarazione sostitutiva relativa alla persona indicata come direttore tecnico nella stessa. In particolare, nei limiti in cui l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che tale omissione non costituisca un'irregolarità meramente formale, essa non può permettere a tale offerente di rimediare successivamente a tale omissione, in qualsivoglia modo, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte.

- 46 Del resto, in siffatte circostanze, l'articolo 51 di detta direttiva, che dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 della stessa direttiva, non può essere interpretato nel senso di consentirle di ammettere qualsiasi rettifica o omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente.
- 47 In secondo luogo, nell'ipotesi in cui l'appalto di cui al procedimento principale costituisca una concessione di servizi, occorre ricordare che, sebbene all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale i contratti di concessione di servizi non fossero disciplinati da nessuna delle direttive con cui il legislatore dell'Unione ha regolato il settore degli appalti pubblici, le autorità pubbliche che concludevano tali contratti erano tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in particolare i principi di parità di trattamento e di trasparenza (v., in tal senso, sentenze *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, punti da 46 a 49, e *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 33), nel caso in cui la concessione di servizi in questione presentasse un interesse transfrontaliero certo, in considerazione, in particolare, della sua importanza e del luogo della sua esecuzione (v., in tal senso, sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a*, C-159/11, EU:C:2012:817, punto 23 nonché la giurisprudenza ivi citata).
- 48 Nei limiti in cui l'appalto di cui al procedimento principale presenti un siffatto interesse, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva impongono all'amministrazione aggiudicatrice, come risulta dai punti 42 e 44 della presente sentenza, il rispetto dei criteri da essa stessa fissati, di modo che essa è tenuta ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era imposta dai documenti di tale appalto sotto pena di esclusione.
- 49 In tali circostanze, si deve concludere che l'esclusione di un offerente quale la Cartiera dell'Adda da un appalto come quello di cui al procedimento principale è conforme al principio di parità di trattamento e all'obbligo di trasparenza, in quanto norme fondamentali del Trattato FUE.
- 50 In considerazione di quanto precede, si deve rispondere alle questioni sottoposte dichiarando che l'articolo 45 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona.

Sulle spese

- 51 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 (Decima Sezione) dichiara:

L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona.

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.