



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 16 maggio 2018¹

Causa C-124/17

**Vossloh Laeis GmbH
contro
Stadtwerke München GmbH**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud, Germania)]

«Questione pregiudiziale – Appalti pubblici – Procedura – Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE – Motivi di esclusione – Obbligo dell'operatore economico di collaborare con l'amministrazione aggiudicatrice per dimostrare la propria affidabilità prima della scadenza del termine di esclusione – Nozione di "autorità investigative" – Computo del periodo massimo di esclusione»

1. Un operatore economico può essere temporaneamente escluso dalle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici se ha commesso una delle condotte tipizzate dall'articolo 57 della direttiva 2014/24/UE². Orbene, tale periodo di esclusione può essere ridotto qualora l'operatore economico dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che, malgrado la propria precedente violazione, è riuscito a ravvedersi.
2. Il paragrafo 6 di tale articolo prevede, tra le altre condizioni, che l'operatore economico, al fine di dimostrare nuovamente la sua affidabilità, deve «chiari[re] i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le *autorità investigative*»³. La controversia verte principalmente sull'interpretazione di quest'ultima espressione.
3. Il legislatore tedesco, nel recepire nel diritto nazionale la direttiva 2014/24, ha previsto che tale collaborazione deve essere prestata, oltre che alle autorità investigative, all'amministrazione aggiudicatrice.
4. In tale contesto, la Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud, Germania) sottopone alla Corte due questioni pregiudiziali nuove:
 - Da un lato, chiede se il requisito della collaborazione (con l'amministrazione aggiudicatrice) aggiunto dal legislatore nazionale sia compatibile con il diritto dell'Unione.

¹ Lingua originale: lo spagnolo.

² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

³ Il corsivo è mio.

— Dall'altro, chiede quale sia il dies a quo del periodo massimo (tre anni di esclusione) che l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 prevede nell'ipotesi in cui, in assenza di un termine fissato con sentenza definitiva, esso si debba computare dalla «data del fatto in questione».

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/24

5. Il considerando 102 afferma quanto segue:

«Tuttavia, 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».

6. L'articolo 57 («Motivi di esclusione») dispone quanto segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi:

- a) partecipazione a un'organizzazione criminale (...);
 - b) corruzione (...);
 - c) frode (...);
 - d) reati terroristici o reati connessi ad attività terroristiche, (...) ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato (...);
 - e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo (...);
 - f) lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani (...).
- (...)

2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che (...) non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante (...).

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che (...) non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.

Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe.

(...)

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

- a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2;
- b) se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali;
- c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;
- d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;
- e) se un conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive;
- f) se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive;
- g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;
- h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59; o

- i) se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

Fermo restando il primo comma, lettera b), gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività nelle situazioni di cui alla lettera b).

(...)

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

A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione.

Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva.

7. In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4».

2. *Direttiva 2014/25/UE*⁴

7. L'articolo 77 («Sistemi di qualificazione») dispone quanto segue:

«1. Gli enti aggiudicatori possono, se lo desiderano, istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici.

Gli enti che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione provvedono affinché gli operatori economici possano chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.

⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243).

2. Il sistema di cui al paragrafo 1 può comprendere vari stadi di qualificazione.

Gli enti aggiudicatori stabiliscono norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati, nonché norme e criteri oggettivi per il funzionamento del sistema di qualificazione, che riguardino questioni quali l'iscrizione al sistema, l'eventuale aggiornamento periodico delle qualifiche e la durata del sistema.

Quando tali criteri e norme comportano specifiche tecniche, si applicano gli articoli da 60 a 62. Tali criteri e norme possono all'occorrenza essere aggiornati.

(...)».

8. L'articolo 80 («Uso dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione di cui alla direttiva 2014/24/UE») dispone quanto segue:

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

Se l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice, tali criteri e norme comprendono i criteri di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE alle condizioni stabilite in detto articolo.

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

(...)».

B. Normativa nazionale. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge di repressione delle restrizioni alla concorrenza)⁵.

9. L'articolo 124 dispone quanto segue:

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

(...)

3. l'impresa si sia resa colpevole, nell'ambito della sua attività, di gravi illeciti accertati che rendano dubbia la sua integrità; (...)

4. l'amministrazione aggiudicatrice disponga di elementi sufficientemente plausibili per ritenere che l'impresa abbia concluso con altre imprese accordi al fine o con l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza,

(...)».

⁵ Nella sua versione pubblicata il 26 giugno 2013 (BGBl. I, pag. 1750, 3245), modificata, da ultimo, dalla legge del 13 ottobre 2016 (BGBl. I, pag. 2258). In prosieguo: il «GWB».

10. L'articolo 125 dispone quanto segue:

«(1) Le amministrazioni aggiudicatrici non procedono all'esclusione di un'impresa, per la quale sussista un motivo di esclusione ai sensi degli articoli 123 o 124, dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto qualora detta impresa abbia dimostrato:

1. di aver risarcito o di essersi impegnata a risarcire il danno causato dal reato o dall'illecito,
2. di aver chiarito complessivamente i fatti e le circostanze, cooperando attivamente con le autorità investigative e con l'amministrazione aggiudicatrice, e
3. di aver adottato provvedimenti specifici di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori violazioni o illeciti.

(...).».

11. L'articolo 126 dispone quanto segue:

«Se un'impresa in capo alla quale sussista un motivo di esclusione non ha adottato alcun provvedimento oppure li ha adottati in modo insufficiente, ai sensi dell'articolo 125:

1. a fronte del motivo di esclusione di cui all'articolo 123, può essere esclusa dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici per un periodo massimo di cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva;
2. a fronte del motivo di esclusione di cui all'articolo 124, può essere esclusa dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici per un periodo massimo di tre anni dalla data del fatto in questione».

II. Fatti

12. La Stadtwerke München GmbH (in prosieguo: la «Stadtwerke München» o l'«amministrazione aggiudicatrice») ha istituito, nel 2011, un «sistema di qualificazione», ai sensi dell'articolo 77 della direttiva 2014/25, al fine di selezionare imprese che le fornissero materiale rotabile ferroviario⁶.

13. Il 4 novembre 2016 l'impresa Vossloh Laeis GmbH è stata esclusa da tale sistema giacché, il 9 marzo 2016, il Bundeskartellamt (autorità federale tedesca garante della concorrenza) le aveva irrogato un'ammenda per aver preso parte, per diversi anni, a un'intesa in essere fino alla primavera del 2011.

14. Tra i soggetti lesi dalla condotta collusiva messa in atto dai partecipanti all'intesa figurava in particolare la Stadtwerke München, la quale, pertanto, ha promosso un'azione ai sensi del diritto civile nei confronti della Vossloh Laeis, volta a ottenere il risarcimento dei danni.

15. Ai sensi della decisione di rinvio, la Vossloh Laeis non avrebbe collaborato con l'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di chiarire le violazioni della normativa in materia di pratiche restrittive della concorrenza. In particolare:

- una volta emersa la sua partecipazione all'intesa nel 2011, la Vossloh Laeis non ha avviato contatti con l'amministrazione aggiudicatrice e non ha intrapreso alcuna iniziativa volta a fornire un chiarimento complessivo dei fatti;

⁶ Successivamente, con decisione del 28 dicembre 2016, è stato posto fine al sistema di qualificazione in questione.

— solo nel 2016 essa ha cessato di contestare all'amministrazione aggiudicatrice la propria partecipazione alle intese in questione, precisando, tuttavia, di avere impugnato il provvedimento di irrogazione dell'ammenda e di avere indicato le misure di carattere organizzativo e personale adottate allo scopo di illustrare i fatti ed evitare che si ripetessero in futuro. Essa ha aggiunto che avrebbe risarcito il danno cagionato dagli illeciti ad essa imputabili.

16. Cionondimeno, la Vossloh Laeis non ha trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice il provvedimento di irrogazione dell'ammenda, affinché quest'ultima potesse esaminarlo, né ha accettato di collaborare con essa al fine di chiarire l'infrazione commessa, giacché riteneva che fosse sufficiente la sua collaborazione con l'autorità garante della concorrenza.

17. Il giudice del rinvio non contesta (almeno così risultava nello stesso provvedimento di irrogazione dell'ammenda) che la Vossloh Laeis abbia collaborato in modo ininterrotto e illimitato con l'autorità tedesca per la tutela della concorrenza durante il procedimento dinanzi a quest'ultima.

18. L'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che i chiarimenti forniti dalla Vossloh Laeis non dimostrassero che essa aveva adottato provvedimenti di ravvedimento operoso sufficienti, ai sensi dell'articolo 125 del GWB. Per tale motivo, il 4 novembre 2016 le ha comunicato definitivamente la sua immediata esclusione dal sistema di qualificazione.

19. La Vossloh Laeis ha impugnato tale decisione dinanzi alla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud), la quale sottopone alla Corte la questione pregiudiziale.

III. Questione pregiudiziale

20. Le questioni pregiudiziali sono così formulate:

- «a) Se una normativa nazionale, che preveda, quale requisito per il ravvedimento operoso di un operatore economico, che quest'ultimo chiarisca esaurientemente i fatti e le circostanze connessi al reato o all'illecito, nonché al danno che ne sia derivato, collaborando attivamente non soltanto con le autorità investigative, ma anche con l'amministrazione aggiudicatrice, sia compatibile con le disposizioni di cui all'articolo 80 della direttiva 2014/25/UE in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE.
- b) In caso di risposta negativa alla questione sub a): se l'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato, in questo contesto, nel senso che, ai fini del ravvedimento operoso, l'operatore economico in questione sia tenuto, in ogni caso, a chiarire i fatti nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice affinché questa possa valutare se i provvedimenti inerenti al ravvedimento operoso adottati (di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale, oltre che in materia di risarcimento danni) siano idonei e sufficienti.
- c) Premesso che, per i motivi di esclusione facoltativi contemplati dall'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, il periodo massimo di esclusione ovvero il termine di esclusione, ai sensi del paragrafo 7 del medesimo articolo 57, equivale a tre anni dalla data del fatto in questione, se per detto fatto debba senz'altro intendersi la realizzazione dei motivi di esclusione contemplati dal medesimo paragrafo 4 ovvero se rilevi invece il momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice disponga di sicura e solida conoscenza della sussistenza del motivo di esclusione.

d) Se, conseguentemente, in presenza di una fattispecie di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE derivante dalla partecipazione di un operatore economico ad un'intesa, il fatto rilevante ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva medesima sia rappresentato dalla cessazione della partecipazione all'intesa o dall'acquisizione di sicura e solida conoscenza, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della partecipazione all'intesa stessa».

IV. Procedimento dinanzi alla Corte e posizioni delle parti

21. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata depositata presso la cancelleria della Corte il 10 marzo 2017.

22. Hanno presentato osservazioni scritte la Vossloh Laeis, la Stadtwerke München, i governi tedesco, greco, ungherese e polacco, nonché la Commissione, i quali tutti, ad eccezione della Stadtwerke München e del governo polacco, sono comparsi all'udienza pubblica tenutasi il 21 febbraio 2018.

V. Analisi

23. In via preliminare, e benché nessuna delle parti lo abbia messo in discussione, è opportuno ricordare che la qualificazione della Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud) come organo giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, è stata riconosciuta dalla Corte nella sentenza del 27 ottobre 2016, Hörmann Reisen⁷.

24. Le quattro questioni sollevate nella presente causa possono essere raggruppate in due questioni. Nella prima e nella seconda si tratta di chiarire se la collaborazione richiesta dall'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24 (al fine di dimostrare la sopravvenuta affidabilità di un operatore economico per il quale sussiste uno dei motivi di esclusione di cui ai paragrafi 1 e 4 di tale disposizione) debba essere prestata unicamente nei confronti delle «autorità investigative» o anche dell'amministrazione aggiudicatrice, qualora, in quest'ultimo caso, lo preveda la normativa nazionale di uno Stato membro.

25. Le altre due questioni riguardano il periodo di esclusione cui può essere sottoposto un operatore economico che non abbia adottato i provvedimenti inerenti al ravvedimento operoso di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. In particolare, occorre chiarire quale sia il «fatto in questione» cui si riferisce il paragrafo 7 di tale articolo, come dies a quo del termine.

A. La nozione di «autorità investigative» ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24 (prima e seconda questione)

1. Sintesi degli argomenti delle parti

26. La Vossloh Laeis sostiene che, richiedendo una collaborazione attiva con l'amministrazione aggiudicatrice, la normativa tedesca avrebbe imposto una condizione supplementare al ravvedimento operoso, in quanto l'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24 menziona unicamente la collaborazione attiva con le autorità investigative.

⁷ Causa C-292/15, EU:C:2016:817, punto 29.

27. A suo avviso, i termini «amministrazione aggiudicatrice» e «autorità investigativa» si riferiscono, nel diritto dell'Unione, ad attori diversi, con funzioni differenti: mentre la prima aggiudica appalti pubblici, la seconda ha il compito di svolgere le indagini in relazione a reati o, in generale, a eventuali illeciti.

28. La Vossloh Laeis rileva che l'articolo 57 della direttiva 2014/24 effettua una distinzione tra i provvedimenti di ravvedimento operoso adottati dall'operatore economico, da un lato, e la prova della loro efficacia, dall'altro. La ratio della disposizione è che l'operatore economico deve adottare i provvedimenti di ravvedimento operoso necessari, e successivamente, se partecipa a una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici (di aggiudicazione o di preselezione), deve provare dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice che tali provvedimenti si sono rivelati efficaci. Il legislatore tedesco, raddoppiando il requisito di collaborazione, si sarebbe allontanato da tale schema, violando la direttiva 2014/24.

29. La posizione difesa dalla Vossloh Laeis è la stessa sostenuta, in sostanza, dal governo greco.

30. Invece, secondo la Stadtwerke München e i governi tedesco e ungherese, la circostanza per cui la normativa tedesca non ha recepito testualmente la formulazione dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 non costituisce un problema. Aggiungendo il riferimento all'amministrazione aggiudicatrice si sarebbe tenuto conto del fatto che, nel diritto tedesco, l'espressione «autorità investigative» avrebbe potuto essere interpretata unicamente in relazione alle autorità competenti della repressione di reati. Per evitare un recepimento incompleto, era essenziale che detta espressione fosse utilizzata nella sua accezione più ampia, ragion per cui il legislatore nazionale ha precisato che l'operatore economico è tenuto a collaborare sia con le «autorità investigative» in senso stretto, sia con l'amministrazione aggiudicatrice, in qualità di «autorità investigativa» in senso più ampio. Anche quest'ultima «indaga» quando, ai sensi dell'articolo 57, paragrafi 5 e 6, della direttiva 2014/24, esamina se sussista una causa di esclusione facoltativa per un offerente o se quest'ultimo soddisfi i criteri di ravvedimento operoso.

31. D'altra parte, in udienza il rappresentante del governo tedesco ha precisato la propria posizione iniziale nel senso che, con il riferimento congiunto alle autorità investigative e all'amministrazione aggiudicatrice nella normativa nazionale, non si intende duplicare il medesimo obbligo.

32. La Stadtwerke München sostiene che, anche qualora si ritenesse che l'estensione dell'obbligo di collaborazione non sia disciplinata dall'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, il diritto dell'Unione non osterebbe a che gli Stati membri adottino misure più severe al riguardo. Ciò si evincerebbe dallo spirito, dallo scopo e dalla funzione dei motivi di esclusione in materia di appalti pubblici.

33. Essa sottolinea, a tale riguardo, che la soluzione adottata dal legislatore nazionale sarebbe trasparente e non discriminatoria. Inoltre, la direttiva non vieta espressamente l'adozione di misure più severe. Infine, nel processo di ravvedimento operoso sarebbe necessaria anche la partecipazione delle amministrazioni aggiudicatrici, dal momento che spetta a queste ultime verificare se gli operatori economici debbano essere esclusi dalla procedura e, in caso affermativo, verificare anche i provvedimenti di ravvedimento operoso che abbiano posto in essere.

34. La Commissione ritiene che, a differenza della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» utilizzata dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, la nozione di «autorità investigativa» non sia stata definita né da tale direttiva né dalla direttiva 2014/25. A suo avviso, sebbene la stessa autorità possa agire sia in qualità di amministrazione aggiudicatrice sia in qualità di autorità investigativa, non sembra che il riferimento a quest'ultima nell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, rimandi all'amministrazione aggiudicatrice.

35. Secondo la Commissione, dall'interpretazione sistematica della disposizione si desume che, in aggiunta alla collaborazione con le autorità investigative, sussiste anche un obbligo, sebbene di diversa natura, di collaborare con l'amministrazione aggiudicatrice. In ogni caso, la collaborazione con le due autorità non dovrebbe comportare una duplicazione o ripetizione degli stessi obblighi.

36. La Commissione osserva, inoltre, che la collaborazione richiesta nei confronti di ciascuna autorità presenta le proprie specificità, vale a dire, non sarebbe identica. La finalità perseguita dalle autorità investigative nell'istruire le loro procedure (per individuare infrazioni) differisce dall'esame che compete alle amministrazioni aggiudicatrici (per accertare l'affidabilità di un operatore economico). Nel primo caso, si tratta di stabilire la colpevolezza delle parti coinvolte, in relazione a fatti passati. Nel secondo, di analizzare i rischi che potrebbe comportare, in futuro, l'aggiudicazione di un appalto pubblico a un determinato offerente.

2. Valutazione

37. L'articolo 57 della direttiva 2014/24 prevede una serie di motivi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di appalti pubblici. Il paragrafo 1 di tale articolo contiene un elenco dei motivi inderogabili («le amministrazioni aggiudicatrici *escludono*») mentre al paragrafo 4 figurano i motivi facoltativi («le amministrazioni aggiudicatrici *possono escludere*»).

38. Tra i motivi facoltativi sono compresi i comportamenti collusivi di cui alla lettera d): «se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza», può escluderne la partecipazione a una di tali procedure.

39. Salvo tale divieto sia stato stabilito con sentenza definitiva – nel qual caso avrà la durata stabilita dalla decisione giudiziaria –, l'operatore economico interessato può avvalersi della possibilità concessa dall'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, ossia di porre fine al *normale* periodo di esclusione⁸ prima che esso sia integralmente trascorso.

40. Per avvalersi di tale possibilità, il suddetto operatore economico deve dimostrare che, «nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione» (articolo 57, paragrafo 6, primo comma, della direttiva 2014/24), il suo successivo comportamento lo ha reso «affidabile». Per «dimostrare la sua affidabilità» (ibid.), egli «può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti» (ibid.) a tal fine.

41. L'affidabilità cui allude la disposizione è una qualità per la cui valutazione l'amministrazione aggiudicatrice deve necessariamente attenersi alle indicazioni contenute nel secondo comma dello stesso paragrafo 6. Potrà ritenerla dimostrata unicamente se l'operatore economico: a) ha risarcito – o si è impegnato a risarcire – il danno causato dalla violazione che ha dato origine alla sua esclusione; b) ha chiarito i fatti e le circostanze in modo globale; e c) ha adottato provvedimenti concreti (di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale) idonei a prevenire ulteriori violazioni.

42. I dubbi del giudice del rinvio riguardano unicamente la seconda di tali condizioni e si basano sulla discrepanza tra l'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24, (in base al quale l'operatore economico deve dimostrare «di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative») e l'articolo 125, paragrafo 1, punto 2, del GWB (ai sensi del quale la cooperazione attiva deve aver luogo con «le autorità investigative e con l'amministrazione aggiudicatrice»).

⁸ La durata massima di tale periodo, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, in assenza di una sentenza definitiva che lo abbia fissato, è di cinque o tre anni, a seconda dei casi indicati in tale disposizione.

43. Secondo la Stadtwerke München, il riferimento all'«amministrazione aggiudicatrice» è stato aggiunto alla menzione da parte del legislatore dell'Unione delle «autorità investigative» al fine di evitare un'interpretazione restrittiva dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 che circoscrive il dovere di collaborazione dell'operatore economico alle sole «autorità investigative» in senso stretto (ossia alle istituzioni che perseguono reati o illeciti), omettendo che, in senso ampio, anche l'amministrazione aggiudicatrice *indaga* nel valutare se per un operatore economico sussista un motivo di esclusione o se esso sia riuscito a dimostrare, malgrado ciò, la propria affidabilità.

44. Tuttavia, non ritengo che sussista un rischio di fraintendimento a causa della presunta imprecisione dell'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24, nelle sue varie versioni linguistiche.

45. La versione tedesca utilizza l'espressione «Ermittlungsbehörden», che corrisponde esattamente a quella impiegata in altre versioni, come quella spagnola («autoridades investigadoras»), inglese («investigating authorities»), francese («autorités chargées de l'enquête»), italiana («autorità investigative»), portoghese («autoridades responsáveis pelo inquérito») o neerlandese («onderzoekende autoriteiten»). In tutte le versioni, inoltre, le autorità e gli organismi che aggiudicano appalti pubblici o organizzano procedure di appalto sono denominate con espressioni altrettanto chiare: «poder adjudicador», per quanto riguarda lo spagnolo e «öffentliche Auftraggeber» in tedesco.

46. Il problema non risiede, dunque, nell'imprecisione dei termini dell'articolo 57 della direttiva 2014/24 con i quali si designano *organismi* di varia natura. Ciò che accade è che tale medesima disposizione affida altresì alle amministrazioni aggiudicatrici alcune *funzioni* con connotazioni investigative. Così, ad esempio:

- ai sensi del paragrafo 1 di tale articolo, le amministrazioni aggiudicatrici devono escludere un operatore economico «qualora abbiano *stabilito* (...) o siano a conoscenza (...) del fatto che (...) è stato condannato con sentenza definitiva per [determinati] motivi»;
- analogamente, il paragrafo 2, secondo comma, menziona la circostanza per cui «l'amministrazione aggiudicatrice *può dimostrare* con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali»;
- infine, altri casi elencati nel paragrafo 4 richiedono una determinata attività *inquisitoria*⁹ delle amministrazioni aggiudicatrici. Ad esempio, ai sensi della lettera c), queste possono «*dimostrare* con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità».

47. A mio avviso, l'esercizio di tali funzioni non trasforma l'amministrazione aggiudicatrice in una delle «autorità investigative» di cui all'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24.

48. Certamente, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà svolgere un'inevitabile attività inquisitoria (nell'accezione sopra precisata) per verificare se sussista una delle cause di esclusione di cui ai paragrafi 1 e 4 dell'articolo 57 della direttiva 2014/24. Orbene, il paragrafo 6 di tale stessa disposizione non intende affermare che l'amministrazione aggiudicatrice *determina di per sé* e in ogni caso i fatti che possono comportare l'esclusione, bensì che, una volta escluso l'operatore economico, essa *valuta le prove fornite da* chi sostenga di essersi ravveduto.

⁹ Utilizzo tale aggettivo nella sua accezione processuale, ossia quella che denota un procedimento avviato d'ufficio dall'istruttore il quale adduce prove a carico o a favore di una condotta.

49. Il ruolo dell'autorità aggiudicatrice in tale valutazione delle prove è, pertanto, *passivo*, a fronte di quello *attivo* che compete all'operatore economico. Spetta a quest'ultimo fornire il materiale probatorio su cui l'amministrazione aggiudicatrice si pronuncerà, senza che per farlo, ribadisco, sia tenuta a porre in essere, in ogni caso, attività di istruzione (o di investigazione) al riguardo.

50. L'operatore economico che sostenga di essersi ravveduto deve dimostrare, tra le altre cose, «di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative». A rigor di logica, dovrà fornire tale prova all'amministrazione aggiudicatrice, ossia all'organismo che, dopo aver valutato gli elementi di prova, deciderà se l'offerente abbia dimostrato la sua affidabilità in modo sufficiente e possa, pertanto, essere nuovamente ammesso nelle procedure di appalto.

51. In termini generali, pertanto, le «autorità investigative» di cui all'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24 non coincideranno con le amministrazioni aggiudicatrici. Dinanzi a queste ultime, l'offerente (o l'impresa che desideri essere inserita in un sistema di qualificazione, come avviene nel caso di specie) deve dimostrare di aver collaborato attivamente ed esaurientemente con le autorità investigative al fine di chiarire i fatti. Tuttavia, deve necessariamente trattarsi di una collaborazione prestata a un'istituzione diversa dall'amministrazione aggiudicatrice stessa: diversamente si tratterebbe, per quest'ultima, di un fatto notorio che non richiede alcuna prova.

52. La sequenza temporale del procedimento di cui all'articolo 57, paragrafo 6, avalla tale conclusione. Ciò che l'operatore economico deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice sono fatti avvenuti in passato, ossia in un momento anteriore a quello in cui chiede all'amministrazione aggiudicatrice che lo consideri ravveduto.

53. Pertanto, i danni devono essere stati risarciti o l'operatore economico deve essersi impegnato a risarcirli e, parimenti, devono essere stati già adottati i provvedimenti appropriati per prevenire ulteriori violazioni. Per lo stesso motivo, i chiarimenti (sui fatti e sulle circostanze della condotta determinante l'esclusione) devono essere stati offerti, a tempo debito, a un'autorità che non può essere l'amministrazione aggiudicatrice, dinanzi alla quale deve essere dimostrato solo che tale chiarimento – nonché il risarcimento o l'adozione dei provvedimenti appropriati – era già stato fornito.

54. Questa rappresenta, a mio avviso, l'interpretazione più plausibile dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. Ed è anche, infatti, quella che meglio si adatta a una causa come quella in esame, nella quale la condotta che ha dato origine all'esclusione (la partecipazione dell'impresa a un'intesa) era stata esaminata e sanzionata da un'«autorità investigativa»: il Bundeskartellamt (autorità federale tedesca garante della concorrenza).

55. Non ha senso, in tale contesto, duplicare l'obbligo di collaborazione, aggiungendo il dovere di eseguirlo nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, come accadrebbe nel caso in cui l'operatore economico che, dopo essere stato escluso, voglia essere nuovamente ammesso, fosse costretto a chiarire gli stessi fatti e le stesse circostanze a due autorità diverse.

56. Cionondimeno, potrebbe sostenersi (come afferma la Stadtwerke München) che il diritto dell'Unione non osta a che gli Stati membri introducano criteri più severi affinché gli operatori economici dimostrino la loro sopravvenuta affidabilità, durante il periodo di esclusione. Sarebbe possibile, pertanto, esigere da essi che, oltre a collaborare con le autorità investigative, debbano collaborare anche con l'amministrazione aggiudicatrice.

57. A favore di detta tesi vi sono argomenti non trascurabili. Da un lato, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, «gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo». Dall'altro, la Corte ha dichiarato¹⁰, per quanto riguarda le cause di esclusione facoltative¹¹, che la direttiva sugli appalti pubblici «non prevede un'uniformità di applicazione a livello dell'Unione (...), in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale applicabili a livello nazionale».

58. A mio avviso, ciò sarebbe possibile solo se si trattasse di una collaborazione diversa da quella richiesta nei confronti delle autorità investigative. Così, si potrebbe ritenere che la cooperazione con l'amministrazione aggiudicatrice di cui all'articolo 125, paragrafo 1, punto 2, del GWB, non abbia ad oggetto la stessa collaborazione che si richiede all'operatore economico nei confronti delle autorità investigative, bensì riguardi comportamenti la cui valutazione come causa di esclusione deve essere giudicata e valutata dall'amministrazione aggiudicatrice stessa.

59. Sotto tale prospettiva, la disposizione di cui all'articolo 124, paragrafo 4, del GWB¹², acquisirebbe significato: l'operatore economico dovrà collaborare attivamente con l'amministrazione aggiudicatrice per: i) chiarire i fatti e le circostanze che hanno potuto far sì che quest'ultima ritenesse applicabile la causa di esclusione, la cui valutazione le spetta; e ii) convincerla che, ciò malgrado, egli può essere nuovamente ammesso.

60. Invece, un'eventuale interpretazione della norma nazionale nel senso che l'operatore economico deve collaborare allo stesso modo (due volte) con l'amministrazione aggiudicatrice e con le autorità investigative per chiarire gli stessi fatti e le stesse circostanze in relazione alla stessa causa di esclusione, condurrebbe a un risultato che non mi sembra compatibile con l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24:

- da un lato, si tratterebbe di una duplicazione di obblighi richiesti nei confronti di organismi, quali le autorità investigative e le amministrazioni aggiudicatrici, che esercitano funzioni distinte;
- dall'altro, l'operatore economico potrebbe trovarsi in una situazione prossima all'impossibilità di difendersi quando, in circostanze come quelle della fattispecie in esame, l'amministrazione aggiudicatrice sostiene di aver subito danni a causa del comportamento illecito che ha dato luogo all'esclusione dell'operatore economico, per i quali chiede un risarcimento¹³.

61. Infatti, tale duplicazione di obblighi non tiene conto delle differenze che intercorrono tra le funzioni proprie delle autorità investigative in materia di tutela della concorrenza e quelle delle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, laddove una di queste ultime sia posta nelle condizioni di giudicare se i fatti dai quali si ritiene danneggiata siano stati debitamente chiariti o meno, e non sia limitata, dunque, ad accertare se l'operatore economico abbia collaborato esaustivamente con le autorità investigative al fine di chiarirli, essa potrebbe non trovarsi nelle migliori condizioni per decidere, con la neutralità e l'imparzialità necessarie, in ordine alla richiesta di riammissione.

10 Sentenza del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000), punto 31.

11 Si riferisce a quelle contenute nell'articolo 45, paragrafo 2, 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 2004, L 134, pag. 114). Rilevo, tuttavia, che l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 fa riferimento alle «situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 [dello stesso articolo 57]», ossia, sia ai motivi di esclusione inderogabili sia a quelli facoltativi.

12 Ai sensi di tale disposizione è possibile escludere un'impresa quando l'amministrazione aggiudicatrice dispone di elementi sufficientemente plausibili per ritenere che abbia concluso accordi costitutivi di un'intesa.

13 La collaborazione con l'amministrazione aggiudicatrice che si richiede all'operatore economico potrebbe danneggiare quest'ultimo quando, come nel caso di specie, essi sono controparti di un procedimento civile promosso dalla prima, la quale sostiene di essere stata danneggiata dal comportamento dell'impresa offerente (la sua partecipazione all'intesa) che ha dato origine all'esclusione, comportamento in relazione al quale il secondo intende essere nuovamente ammesso.

B. La nozione di «fatto in questione» di cui all'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 (terza e quarta questione)

62. Ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri «determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità».

63. Orbene, gli Stati membri non dispongono di una libertà assoluta al riguardo, poiché tale disposizione stabilisce determinati limiti alla durata del periodo massimo. In particolare:

- se il periodo di esclusione è stato fissato con sentenza definitiva, sarà necessario attenersi ad esso in ogni caso;
- se sussiste una sentenza definitiva nella quale tuttavia non sia stato precisato il periodo di esclusione, questa non potrà durare oltre cinque anni a partire dal momento della condanna, se si tratta di motivi di esclusione inderogabili (quelli di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo);
- se non è stata emessa una sentenza definitiva, o se quella emessa non indica il periodo massimo di esclusione, quest'ultima è limitata a «tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4» (motivi di esclusione facoltativi).

64. Su quest'ultima precisazione vertono le ultime due questioni del giudice del rinvio, che desidera eliminare ogni incertezza sulla nozione di «fatto in questione».

1. Sintesi delle osservazioni delle parti

65. La Vossloh Laeis sostiene che l'espressione controversa si riferisce alla sussistenza oggettiva del motivo di esclusione. Se il legislatore avesse preferito limitarsi alla conoscenza soggettiva dell'amministrazione aggiudicatrice, lo avrebbe specificato. L'interpretazione sistematica della disposizione condurrebbe alla medesima conclusione, giacché, altrimenti, la data dipenderebbe da ciascuna amministrazione aggiudicatrice, il che sarebbe in contrasto con la certezza del diritto.

66. La Stadtwerke München ritiene che il momento determinante non sia quello in cui si realizza (o cessa) il comportamento che causa l'esclusione facoltativa, bensì quello in cui sono pienamente soddisfatte le condizioni di quest'ultima, tra le quali rientra la componente soggettiva (conoscenza del motivo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice). In linea con tale premessa, il fatto in questione si collocherebbe, di norma, nella data in cui l'amministrazione aggiudicatrice dispone di informazioni solide in ordine alla presenza di un motivo di esclusione.

67. I governi tedesco e ungherese condividono, in sostanza, questa stessa impostazione. Il «fatto in questione» sarebbe determinato dal momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia sicure e solide informazioni riguardo alla sussistenza del motivo di esclusione, ossia, secondo il governo ungherese, quello in cui sussista una decisione definitiva e irrevocabile su tale caso.

68. Il governo greco propende per l'applicazione, al settore degli appalti pubblici, di quanto previsto dall'articolo 25, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003¹⁴ affinché non sussistano differenze con il procedimento amministrativo o penale corrispondente. Ne deduce che il «fatto in questione» corrisponde al momento in cui si è verificato il fatto che ha determinato l'esclusione, e non al momento in cui sia stato portato a conoscenza dell'amministrazione aggiudicatrice.

¹⁴ Regolamento del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU 2003, L 1, pag. 1).

69. Il governo polacco, che ha presentato osservazioni unicamente con riferimento a tale questione, ritiene che il «fatto in questione» sia la conclusione dell'accordo diretto a falsare la concorrenza. Qualora non fosse possibile stabilire la data di tale accordo, bisognerebbe attenersi a quella dell'evento che consente di ritenere probabile la sua conclusione (potrebbe trattarsi, ad esempio, della data in cui si è conclusa la procedura di appalto durante la quale è stato accertato che gli operatori economici partecipanti avevano tentato di falsare la concorrenza).

70. La Commissione ritiene che si possano prendere in considerazione tre date diverse: 1) quella del comportamento che configura un motivo di esclusione; 2) il momento in cui sono soddisfatti i requisiti di uno di tali motivi, che, nel caso delle lettere c) e d) dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, sarebbe quello in cui l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare l'illecito dell'operatore economico o dispone di elementi sufficientemente plausibili; e 3) la data in cui l'autorità investigativa ha accertato, con decisione definitiva, il comportamento illecito.

71. La Commissione ritiene che la certezza del diritto (principio sotteso alla limitazione nel tempo dei motivi di esclusione) induca a preferire la prima di queste tre opzioni. Tuttavia, il rischio che l'appalto pubblico venga aggiudicato a chi ha commesso illeciti professionali (ragione per la quale sono appunto previste le cause di esclusione della direttiva 2014/24) indurrebbe a preferire la seconda.

72. In udienza la Commissione ha richiamato le norme che disciplinano gli appalti pubblici conclusi dalle istituzioni dell'Unione, in particolare l'articolo 106, paragrafi 14 e 15, del regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012¹⁵, ritenendole utili ai fini dell'interpretazione dell'articolo 57 della direttiva 2014/24, giacché tra quest'ultima e tali norme deve sussistere una certa armonia. Essa ne deduce che, in ultima analisi, il periodo massimo di esclusione di un operatore economico è di tre anni a partire dalla decisione definitiva che infligge una sanzione adottata da un'autorità investigativa.

2. Valutazione

73. Come già rilevato, l'articolo 57, paragrafo 7, ultimo periodo, della direttiva 2014/24, al fine di determinare l'inizio del periodo massimo di esclusione, quando quest'ultimo non sia stato specificato in una sentenza definitiva, fa riferimento al «fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4»¹⁶. In linea di principio, pertanto, tale nozione ricomprende il comportamento o la circostanza descritti nei diversi casi del summenzionato articolo 57, paragrafo 4.

74. Una questione diversa, che è quella sollevata dal giudice del rinvio, è se il periodo di esclusione debba essere calcolato a decorrere dalla data in cui si verifichi effettivamente tale comportamento o circostanza, oppure dal momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice disponga di informazioni, sicure e dimostrabili, sulla loro esistenza.

75. Le parti del presente procedimento pregiudiziale oscillavano tra la difesa di un'interpretazione oggettiva, focalizzata sulla commissione del «fatto in questione», e di un'interpretazione soggettiva, basata sulla conoscenza di tale fatto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

76. Come ha osservato la Commissione, mentre la prima prospettiva privilegia la garanzia della certezza del diritto, la seconda favorisce la tutela delle procedure di appalto dinanzi al rischio che implica l'ammissione di offerenti per i quali sussistano motivi di esclusione.

¹⁵ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2012 (GU 2012, L 298, pag. 1), come modificato dal regolamento (UE, Euratom) n. 2015/1929 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 ottobre 2015 (GU 2015, L 286, pag. 1).

¹⁶ Si verificherebbero casi in cui, con un poco di fortuna, si potrà contare su una pronuncia di un organo giurisdizionale [ad esempio, nel caso di una procedura di insolvenza o di liquidazione; fattispecie di cui alla lettera b)] mentre, in altri, si potrà valutare la sussistenza di un motivo di esclusione senza che sia necessario un provvedimento del giudice [così, nel caso in cui l'operatore economico abbia tentato di ottenere informazioni confidenziali; fattispecie di cui alla lettera i)].

77. Per rispondere al giudice del rinvio non è indispensabile, tuttavia, un'analisi esaustiva del regime temporale dei periodi di esclusione stabiliti dalla direttiva 2014/24, ma è sufficiente fare riferimento ai motivi di esclusione oggetto di esame.

78. In particolare, trattandosi della partecipazione della Vossloh Laeis a un'intesa, accertata e sanzionata dall'autorità federale tedesca garante della concorrenza, la controversia ruota intorno alla questione se il termine triennale cominci a decorrere: i) quando ha avuto luogo o si è conclusa tale partecipazione (approccio oggettivo); oppure ii) quando le autorità, investigative o l'amministrazione aggiudicatrice, hanno avuto prova affidabile del comportamento illecito o lo hanno sanzionato (approccio soggettivo).

79. Il governo greco ritiene che sia applicabile il criterio adottato dall'articolo 25, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, relativo al dies a quo della prescrizione dei comportamenti illeciti in materia di concorrenza. Tale periodo «decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione. Tuttavia, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione».

80. Si potrebbe considerare, infatti, che se il legislatore dell'Unione ha scelto di anteporre la certezza del diritto dell'autore dell'infrazione all'effettività del potere sanzionatorio della Commissione, lo stesso criterio potrebbe essere applicato al dies a quo del periodo di esclusione nelle procedure di appalto pubblico.

81. Ritengo, tuttavia, che tale osservazione sia incompleta. L'interpretazione analogica andrebbe eseguita nel complesso, di modo che — come nei casi di prescrizione dei comportamenti restrittivi della concorrenza — il periodo massimo di esclusione, una volta iniziato, possa essere interrotto¹⁷. Esso potrebbe estendersi, dunque, oltre i tre anni che sono tassativamente fissati dall'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva¹⁸.

82. Ritengo, pertanto, che si possa giungere alla soluzione tramite un'interpretazione analogica, applicando, tuttavia, tale tecnica di integrazione della norma in relazione alla restante parte della disposizione. In essa si evidenzia che, quando il motivo di esclusione inderogabile è costituito da un comportamento accertato in una sentenza che non ha fissato la durata del periodo, il calcolo dei cinque anni di esclusione comincerà a decorrere proprio dalla data della *condanna*.

83. Questo stesso criterio può essere applicato, a mio avviso, senza difficoltà interpretative, quando si tratti di comportamenti restrittivi della concorrenza la cui esistenza possa essere dimostrata (a fronte della presunzione di innocenza) solo tramite una decisione, giudiziaria o amministrativa. In tale ipotesi, che è quella del caso di specie, la data di tale decisione (che vale come *condanna* in senso improprio) fungerà da «fatto in questione» ai fini dell'avvio del computo dei tre anni di esclusione.

84. L'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 non rinvia pertanto, nelle circostanze del caso di specie, al comportamento collusivo di per sé, per intenderlo come «fatto in questione», bensì all'accertamento giuridico della sua esistenza; o, se si preferisce, alla qualificazione giuridica di un'azione, che l'autorità ha già sanzionato come comportamento illecito.

¹⁷ Ai sensi dell'articolo 25, paragrafi 3 e 5, del regolamento n. 1/2003, «[l]a prescrizione riguardante l'imposizione di ammende o di penalità di mora si interrompe con qualsiasi atto della Commissione o dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione. La prescrizione è interrotta a partire dal giorno in cui l'atto è notificato ad almeno un'impresa, o associazione di imprese, che abbia partecipato all'infrazione. (...) Per effetto dell'interruzione si inizia un nuovo periodo di prescrizione».

¹⁸ Disposizione che, a differenza dell'articolo 106 del regolamento n. 966/2012, non stabilisce specificamente un termine di prescrizione dell'esclusione.

85. In altri termini, se una decisione ha esplicitamente accertato la partecipazione di un operatore economico a un'intesa, il «fatto in questione» a partire dal quale l'amministrazione aggiudicatrice – incaricata o, se del caso, titolare della facoltà di escludere tale operatore economico – calcola il periodo massimo di inabilitazione non è il comportamento materiale effettivo dell'impresa che ha commesso l'illecito, bensì la sua qualificazione e l'irrogazione della relativa sanzione in quanto comportamento restrittivo della concorrenza.

86. A mio avviso, che corrisponde a quanto sostenuto dal governo ungherese e, in udienza, dalla Commissione, tale fatto deve essere quello «in questione» per l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di determinare il periodo massimo di esclusione dell'operatore economico interessato. Per quanto riguarda la sanzione imposta dall'autorità garante della concorrenza, l'amministrazione aggiudicatrice non ha bisogno di altri elementi, giacché, giuridicamente, è stata già rilevata la sussistenza di un comportamento idoneo a determinare l'esclusione. Il periodo di esclusione inizia a decorrere da allora, ossia a partire dalla data in cui è stata emessa la relativa decisione di irrogazione della sanzione.

VI. Conclusione

87. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud, Germania) come segue:

- «1. L'articolo 80 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, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE:
 - osta a che un operatore economico che intenda dimostrare la propria affidabilità, malgrado sussista un pertinente motivo di esclusione, debba collaborare attivamente con l'amministrazione aggiudicatrice per chiarire in modo esaustivo i fatti e le circostanze in cui ha partecipato come coautore di accordi intesi a falsare la concorrenza, qualora lo stesso operatore si fosse già impegnato attivamente, esponendo la propria situazione in modo esaustivo, con l'autorità garante della concorrenza che ha svolto le indagini e sanzionato tali fatti;
 - non osta a che uno Stato membro esiga tale collaborazione attiva con l'amministrazione aggiudicatrice, come condizione affinché l'operatore economico dimostri la propria affidabilità e non resti escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, qualora si tratti di comportamenti illeciti i cui fatti e le cui circostanze debbano essere accertati dall'amministrazione aggiudicatrice stessa.
2. Quando per un operatore economico sussista il motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24, per aver sottoscritto accordi intesi a falsare la concorrenza che sono già stati oggetto di una decisione sanzionatrice, il periodo di esclusione massimo si calcola a partire dalla data di tale decisione».