



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate l'11 maggio 2023¹

Causa C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, S. A,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A
contro
Toscca - Equipamentos em Madeira Ld^a,
con l'intervento di:
Mota-Engil Railway Engineering, SA**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo)]

«Procedimento pregiudiziale – Direttiva 2014/24/UE – Aggiudicazione di appalti pubblici – Motivi di esclusione facoltativa – Articolo 57, paragrafo 4, lettera d) – Esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto – Sanzioni per pratiche restrittive della concorrenza – Esclusione automatica fondata su una decisione precedente di un'autorità garante della concorrenza – Facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di valutare la sussistenza del motivo di esclusione – Articolo 57, paragrafo 6 – Idoneità ed affidabilità dell'offerente – Motivazione – Pratiche restrittive della concorrenza rilevate in sede di procedura d'appalto»

1. Nell'ambito del presente rinvio pregiudiziale, la Corte è chiamata a interpretare l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE², ai sensi del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere un operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto qualora l'operatore economico abbia sottoscritto accordi con altri operatori intesi a falsare la concorrenza.

2. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia relativa all'aggiudicazione di un appalto ad un'impresa che era stata sanzionata in precedenza per concorso con altre imprese nell'adottare comportamenti restrittivi della concorrenza (intese sui prezzi e ripartizione del mercato).

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).

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/24

3. L'articolo 56 («Principi generali») così dispone:

«1. Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 67 a 69, purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato conformemente agli articoli da 59 a 61 che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

(...)

b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso conformemente all'articolo 57 (...).

4. L'articolo 57 («Motivi di esclusione») così recita:

«(...)

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:

(...)

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;

(...)

5. (...)

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4.

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*³

5. Ai sensi dell'articolo 80 («Uso dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione di cui alla direttiva 2014/24/UE»):

«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.

(...))».

³ 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).

B. Diritto portoghese

*1. Decreto-lei n. 18/2008, Código dos Contratos Públicos*⁴

6. L'articolo 55 («Impedimenti») così recita:

«Non possono candidarsi, concorrere o far parte di gruppi d'impresе, gli enti ai quali:

(...)

c) sia stata inflitta una sanzione per grave violazione dei doveri professionali, e che, nel frattempo, non sono stati riabilitati, qualora si tratti di persone fisiche, o, nel caso di persone giuridiche, i cui organi societari di amministrazione, direzione o gestione siano stati destinatari di una siffatta sanzione amministrativa e si trovino nell'esercizio delle loro funzioni.

(...)

f) sia stato vietato, a titolo di sanzione accessoria, di partecipare a procedure riguardanti contratti d'appalto pubblico regolamentati da legislazione speciale, in particolare dai regimi sanzionatori in materia (...) di concorrenza (...) durante il periodo stabilito nella decisione di condanna».

7. L'articolo 70 («Analisi delle proposte»), paragrafo 2, prevede quanto segue:

«2 – Sono escluse le proposte la cui analisi rivela:

(...)

g) l'esistenza di forti indizi di atti, accordi, pratiche o informazioni che possono distorcere le regole di concorrenza».

*2. Legge n. 19/2012 da Concorrência (legge sulla concorrenza)*⁵

8. L'articolo 71 («Sanzioni accessorie») prevede, al paragrafo 1, lettera b), che, se la gravità dell'infrazione e il grado di colpevolezza dell'autore della violazione lo giustificano, l'Autoridade de Concorrência (Autorità garante della concorrenza; in prosieguo: l'«ADC»), può infliggere, unitamente alla sanzione pecuniaria, la sanzione accessoria dell'interdizione dalla partecipazione a talune procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a condizione che la pratica costitutiva di un'infrazione punita con una sanzione pecuniaria abbia avuto luogo durante o in conseguenza della pertinente procedura.

⁴ Decreto-legge n. 18/2008, codice degli appalti pubblici; in prosieguo: il «CCP» (Diário da República n. 20/2008, serie I, del 29 gennaio 2008), nella versione in vigore dopo la riforma operata dal Decreto-lei n. 111-B/2017, del 31 agosto (in prosieguo: il «decreto-legge n. 111-B/2017») (Diário da República n. 168/2017, 2° Supplemento, serie I, del 31 agosto 2017).

⁵ Lei n. 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência (legge n. 19/2012, dell'8 maggio 2012, recante approvazione del nuovo regime giuridico sulla concorrenza) (Diário da República, 1ª serie, n. 89, dell'8 maggio 2012).

II. Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

9. Il 18 gennaio 2019, la Infraestruturas de Portugal S. A. (in prosieguo: la «Infraestruturas») ha indetto una procedura di aggiudicazione di un appalto di fornitura di bulloni e traversine di legno di pino trattati con creosoto, per un valore pari a EUR 2 979 200⁶

10. L'impresa Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda. (in prosieguo: la «Toscca») e la Futrifer, Indústrias Ferroviárias S. A. (in prosieguo: la «Futrifer») hanno partecipato alla procedura presentando ciascuna la propria offerta.

11. Il 12 giugno 2019, l'ADC ha condannato la Futrifer al pagamento di una sanzione pecuniaria per violazione delle norme di tutela della concorrenza in occasione di procedure di aggiudicazione di appalti⁷ relative agli anni 2014 e 2015⁸.

12. In particolare, l'ADC ha ritenuto che la Futrifer e altre imprese del settore avessero concordato la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato dei servizi di manutenzione della rete ferroviaria, in violazione dell'articolo 9, paragrafo 1, della legge n. 19/2012 e dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

13. Nella sua decisione, l'ADC ha ritenuto inutile, alla luce delle circostanze del caso di specie e della proposta di transazione presentata dalla Futrifer, infliggerle la sanzione accessoria del divieto di partecipazione a gare d'appalti pubblici di cui all'articolo 71, paragrafo 1, lettera b), della legge n. 19/2012⁹.

14. Il 27 luglio 2019 la Infraestruturas ha aggiudicato l'appalto controverso alla Futrifer.

15. La Toscca ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi al Tribunal administrativo e fiscal de Viseu (Tribunale amministrativo e tributario di Viseu, Portogallo; in prosieguo: il «TAF di Viseu»). Essa ha chiesto l'annullamento della decisione di aggiudicazione, il rigetto dell'offerta presentata dalla Futrifer e l'aggiudicazione dell'appalto alla Toscca stessa. A sostegno del suo ricorso, essa faceva valere, in particolare, la decisione sanzionatoria dell'ADC nei confronti della Futrifer.

16. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso della Toscca, ritenendo che l'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP si applichi solo quando gli indizi di distorsione della concorrenza si verificano nell'ambito del procedimento oggetto di causa.

17. La Toscca introduceva ricorso contro la sentenza del TAF dinanzi al Tribunal Central Administrativo Norte (Tribunale centrale amministrativo Nord, Portogallo). Quest'ultimo, con sentenza del 29 maggio 2020, ritenendo errata l'interpretazione dell'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP effettuata in primo grado, annullava la sentenza impugnata e condannava la Infraestruturas a cedere il contratto alla Toscca.

⁶ Procedura 2019/S 015-030671, pubblicata nel supplemento alla GUUE del 22 gennaio 2019 (GU 2019, S 15, pag. 1).

⁷ Si trattava di procedure indette da un'impresa statale per l'aggiudicazione di appalti di servizi di manutenzione delle attrezzature e dei binari della rete ferroviaria portoghese.

⁸ Fascicolo PRC/2016/6. Per quanto riguarda la Futrifer, corrisponde alla «Decisione finale nell'ambito di un procedimento di transazione (versione non riservata)».

⁹ Punti 231 e segg. dell'ordinanza del 12 giugno 2019.

18. La Infraestruturas e la Futrifer hanno impugnato tale sentenza dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo), che annullava la sentenza per difetto di motivazione e disponeva che gli atti fossero rimessi al Tribunal central administrativo norte (Tribunale amministrativo centrale Nord).

19. Il 2 giugno 2021, il Tribunal central administrativo norte (Tribunale amministrativo centrale Nord) ha emesso una sentenza con la quale ha nuovamente annullato quella di primo grado e ha condannato la Infraestruturas a cedere l'appalto alla Tosca.

20. La Infraestruturas e la Futrifer hanno impugnato la sentenza del 2 giugno 2021 dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema), che sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se la causa di esclusione prevista all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE costituisca una "riserva di decisione" [una "reserva de decisão"] dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 2) Se il legislatore nazionale possa sostituire integralmente la decisione spettante all'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE con una decisione (con gli effetti di una decisione) generica dell'Autoridade da Concorrência (autorità della concorrenza) di applicazione di una sanzione accessoria consistente nel divieto di partecipazione a gare d'appalti pubblici durante un determinato periodo di tempo nell'ambito dell'applicazione di una sanzione pecuniaria per violazione di regole di concorrenza.
- 3) Se la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice sull'"affidabilità" dell'operatore economico tenuto conto dell'osservanza (inosservanza) delle regole del diritto della concorrenza al di fuori della specifica procedura di aggiudicazione debba intendersi nel senso che è necessario effettuare una valutazione motivata dell'idoneità relativa del summenzionato operatore, ciò che contribuisce a dare applicazione concreta al diritto ad una buona amministrazione, previsto all'articolo 41, paragrafo 2, lettera [c]) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
- 4) Se si possa considerare conforme con il diritto europeo e, in particolare, con quanto previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE, la soluzione adottata dal diritto portoghese all'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), del CCP, che fa dipendere l'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione, per violazione delle regole di concorrenza al di fuori della specifica procedura di aggiudicazione in esame, dalla decisione che dovesse essere adottata da parte dell'Autoridade da Concorrência in sede di applicazione della sanzione accessoria consistente nel divieto di partecipazione a gare d'appalti pubblici, procedura nell'ambito della quale è l'Autoridade da Concorrência a valutare in tale sede la rilevanza delle misure di self-cleaning adottate.
- 5) Infine, se si possa del pari considerare conforme con il diritto europeo, e, in particolare, con quanto previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE, la soluzione adottata dal diritto portoghese all'[articolo] 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP di limitare la possibilità di escludere un'offerta per la presenza di forti indizi di atti, accordi, pratiche o informazioni che possono distorcere le regole di concorrenza nella specifica procedura di aggiudicazione in cui tali pratiche vengono rilevate».

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

21. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte il 2 febbraio 2022.

22. Hanno presentato osservazioni scritte la Futrifer, la Toscca, i governi ceco, ungherese e portoghese nonché la Commissione europea.

23. Tutti costoro, ad eccezione dei governi ceco e ungherese, hanno partecipato all'udienza tenutasi il 7 marzo 2023.

IV. Valutazione

A. Osservazioni preliminari

1. Direttiva applicabile

24. Il giudice del rinvio chiede soltanto l'interpretazione della direttiva 2014/24, senza fare cenno alla direttiva 2014/25. Quest'ultima disciplina gli appalti pubblici aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici dei settori dell'acqua, dell'energia, dei *trasporti* e dei servizi postali.

25. L'appalto della cui aggiudicazione si discute ha ad oggetto la fornitura di elementi infrastrutturali del settore ferroviario, vale a dire di un settore dei trasporti. Interrogati dalla Corte, gli intervenienti all'udienza hanno ritenuto unanimemente che tale contratto rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/25, applicabile specificamente alle «attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario» (articolo 11).

26. In ogni caso, spetta al giudice del rinvio determinare se, in funzione delle sue clausole, il contratto controverso sia disciplinato dalla direttiva 2014/24 o piuttosto, come tutto sembra indicare, dalla direttiva 2014/25.

27. È vero che in concreto, non vi sarà una significativa variazione dell'effetto dell'una o dell'altra direttiva in relazione al punto controverso: anche se risultasse applicabile la direttiva 2014/25, il suo articolo 80 rinvia ai «motivi di esclusione di cui all'articolo 57 della direttiva 2014/24/UE alle condizioni stabilite in detto articolo»¹⁰.

28. L'applicazione della direttiva 2014/25 potrebbe tuttavia avere conseguenze sulla (dibattuta) «facoltà» degli Stati membri di recepire nel proprio diritto interno i motivi di esclusione facoltativi, come spiegherò in seguito¹¹.

29. Fatte queste precisazioni, nel prosieguo farò riferimento all'articolo 57 della direttiva 2014/24.

¹⁰ V., per analogia, sentenza del 10 novembre 2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, punti 39 e 40).

¹¹ Paragrafo 46 delle presenti conclusioni.

2. Recepimento nel diritto portoghese dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24

30. Le osservazioni scritte della Commissione hanno aperto una discussione, che è proseguita in udienza, su quale margine di discrezionalità abbiano gli Stati membri al fine di non recepire i motivi di esclusione facoltativa di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24.

31. La Commissione sviluppa il suo argomento nei seguenti termini:

- l'articolo 57, paragrafo 4, nonché il considerando 101 della direttiva 2014/24 indicherebbero l'intenzione del legislatore di non lasciare agli Stati membri la libertà di scegliere se recepire o meno i nove motivi di esclusione in esso contenuti. Questa opzione sarebbe conferita alle amministrazioni aggiudicatrici, a meno che gli Stati membri non le obblighino ad applicarli. Al contrario, gli Stati membri non avrebbero la possibilità di sottrarsi al recepimento di uno o di alcuni di tali motivi;
- il motivo facoltativo di esclusione relativo all'esistenza di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza non è stato recepito nel diritto portoghese.

32. Il problema sollevato dalla Commissione potrebbe essere affrontato nell'ambito del presente rinvio pregiudiziale se la seconda di tali affermazioni fosse corretta: in assenza di recepimento di un motivo di esclusione facoltativa nel diritto nazionale, occorrerebbe riconsiderare se la giurisprudenza della Corte finora pronunciata¹² sulla facoltà degli Stati membri di recepire o meno questa categoria di motivi di esclusione richieda adeguamenti o addirittura debba essere rettificata.

33. Per quanto esporrò di seguito, ritengo che questa seconda affermazione della Commissione (sostenuta da alcune osservazioni scritte presentate nell'ambito del procedimento pregiudiziale) non sia conforme alla realtà.

34. Il decreto-legge n. 111-B/2017 ha modificato il CCP al fine di recepire le direttive 2014/24 e 2014/25. All'articolo 1, il legislatore portoghese afferma espressamente che, attraverso di esso, «si recepiscono», tra l'altro, le direttive 2014/24 e 2014/25¹³.

35. I motivi di esclusione («impedimenti») contenuti nel CCP nella sua nuova formulazione sono elencati alle lettere da a) a l) del suo articolo 55, paragrafo 1, che riflettono, con qualche sfumatura, i corrispondenti motivi di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24.

36. Per quanto riguarda i motivi di esclusione controversi, l'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), del CCP li formula come segue: «Non possono candidarsi (...) gli enti ai quali (...) sia stato vietato, a titolo di sanzione accessoria, di partecipare a procedure riguardanti contratti d'appalto pubblico regolamentati da legislazione speciale, in particolare dai regimi sanzionatori in materia (...) di concorrenza (...), durante il periodo stabilito nella decisione di condanna».

¹² La tesi prevalente, di cui alle sentenze del 19 giugno 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507; in prosieguo: la «sentenza Meca»), punto 33; e del 30 gennaio 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58), punto 34, è confermata in quella del 3 giugno 2021, Rad Service e a. (C-210/20, EU:C:2021:445, punto 28, nei seguenti termini: «(...) conformemente all'articolo 57, paragrafi 4 e 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare i motivi di esclusione facoltativa ivi indicati o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale».

¹³ È irrilevante, per quanto qui interessa, che il decreto legge n. 111-B/2017 non abbia modificato alcune disposizioni del CCP precedentemente in vigore.

37. Inoltre, il CCP contiene un'altra disposizione [l'articolo 70, paragrafo 2, lettera g)] che prevede il rigetto delle offerte la cui analisi riveli «la presenza di forti indizi di atti, accordi, pratiche o informazioni che possono distorcere le regole di concorrenza»¹⁴.

38. Alla luce di questi due precetti, trovo difficile comprendere alcune delle dichiarazioni formulate nelle osservazioni scritte di Futrifer e dello stesso governo portoghese (quest'ultimo, in termini ambigui che non ha chiarito in udienza)¹⁵ in merito al mancato recepimento dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 nel CCP.

39. In effetti, la lettura di queste due disposizioni del CCP dimostra, a mio avviso, che il legislatore portoghese ha avuto la volontà inequivocabile di introdurre (o mantenere)¹⁶ nel proprio ordinamento giuridico la clausola contenuta all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24. Sia quest'ultimo che i due precetti nazionali sopra menzionati sono intesi a contrastare, nel settore degli appalti pubblici, gli accordi fra operatori economici volti a distorcere la concorrenza.

40. Questione diversa è se, nel disciplinare tale motivo di esclusione con la modalità da esso adottata, il legislatore portoghese si sia conformato rigorosamente all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 oppure, al contrario, abbia adottato soluzioni che lo snaturino, si discostino dai suoi principi fondamentali o ne riducano indebitamente l'ambito di applicazione.

41. La Corte ha ricordato che, «(...) una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti. Precisando che gli Stati membri specificano “le condizioni di applicazione del presente articolo” “nel rispetto del diritto dell'Unione”, l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino i motivi facoltativi di esclusione stabiliti in tale disposizione o ignorino gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi»¹⁷.

42. In conseguenza di quanto spiegherò in seguito, ritengo che, prevedendo nel proprio ordinamento il contenuto dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24, la normativa portoghese abbia realizzato un recepimento ad essa non del tutto conforme: in particolare, l'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), del CCP limita indebitamente le facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di escludere gli offerenti autori di pratiche collusive, imponendo che la loro condotta sia stata in precedenza oggetto di una sanzione accessoria che comporta il divieto di partecipare alle procedure di appalto pubblico, emanata dall'ADC.

¹⁴ Tale disposizione è invocata dalla Toscca nelle sue osservazioni scritte per sostenere che «il legislatore portoghese ha recepito l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 *mantenendo* la formulazione dell'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP (ora nella versione risultante dalla riforma del 2017)». Il corsivo è mio.

¹⁵ Punti da 80 a 84 delle sue osservazioni scritte. Letti in combinato disposto con i punti precedenti, essi sottolineano, in definitiva, che, attraverso l'articolo 70 del CCP in combinato disposto con l'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), il legislatore portoghese ha recepito il motivo di esclusione controverso. Il governo portoghese lo afferma chiaramente al punto 71 delle sue osservazioni: «il disposto dell'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), e dell'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP è pienamente conforme a quanto risulta nella direttiva 2014/24, in particolare a quanto stabilito all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d)».

¹⁶ L'anteriore presenza all'interno della legislazione nazionale di norme che contengono concretamente le disposizioni di una direttiva è sufficiente al fine dell'adempimento dell'obbligo di recepimento di tali disposizioni. L'adeguamento del diritto interno a una direttiva non richiede necessariamente un'adozione formale e testuale del suo contenuto vincolante all'interno di una disposizione *successiva* a tale direttiva. V., in tal senso, sentenza del 10 giugno 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2021:479), punti da 33 a 36. In particolare, il punto 35 sancisce che per determinare «se una normativa nazionale attui sufficientemente gli obblighi derivanti da una determinata direttiva, occorre prendere in considerazione non solo la normativa adottata ad hoc ai fini del recepimento di tale direttiva, ma anche l'insieme delle norme giuridiche disponibili e applicabili».

¹⁷ Sentenza Meca, punto 33.

43. Che la situazione sia quella descritta, come ritengo, non significa tuttavia che non abbia avuto luogo alcun recepimento, ma che quello realizzato è carente. Inoltre, tale carenza potrebbe essere eventualmente colmata anche da un'interpretazione più *generosa* dell'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP, adeguata all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 (interpretazione conforme)¹⁸.

44. In definitiva, non ritengo che il presente rinvio pregiudiziale sia idoneo a riaprire la discussione sulle facoltà degli Stati membri di non introdurre i motivi di esclusione facoltativa nel diritto interno, laddove, per l'appunto, il legislatore portoghese ha optato per la soluzione opposta (sebbene tale soluzione non sia soddisfacente, dal punto di vista del diritto dell'Unione).

45. La giurisprudenza finora elaborata dalla Corte sulle facoltà degli Stati membri in materia non disconosce, logicamente, l'obbligatorietà (articolo 288 TFUE) per lo Stato membro di conformarsi al risultato da raggiungere in forza di una direttiva. Partendo da tale premessa, i diversi collegi giudicanti della Corte hanno ritenuto che l'attuazione della direttiva 2014/24, per quanto riguarda i motivi di esclusione facoltativa, sia rispettata nei termini summenzionati¹⁹.

46. La riapertura della discussione alla quale ho fatto prima riferimento sarebbe, inoltre, particolarmente delicata in quanto il suo risultato:

- potrebbe comportare la trasformazione di motivi di esclusione facoltativa in obbligatori al di fuori dell'intervento degli Stati di cui all'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24;
- potrebbe frammentare il regime unitario che ispira il rinvio presente alla direttiva 2014/24, per quanto riguarda le norme sui motivi di esclusione, nella direttiva 2014/25. Ai sensi dell'articolo 80, paragrafo 1, terzo comma, di quest'ultima, i criteri e le norme di esclusione dei candidati comprendono i motivi facoltativi di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, *se gli Stati membri lo richiedono*.

B. Sulla prima questione pregiudiziale

47. Il giudice del rinvio chiede se il motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 costituisca una «riserva di decisione» [«reserva de decisão»] dell'amministrazione aggiudicatrice.

48. Detto giudice ha già avuto una risposta dalla Corte: «dal testo dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto»²⁰.

¹⁸ Questa sembra essere stata la tesi del Tribunal central administrativo norte (Tribunale amministrativo centrale Nord) nella sua sentenza del 29 maggio 2020, nell'accogliere la domanda della Tossca. Tanto si deduce dall'argomentazione della Infraestruturas, che riprende il punto 7 dell'ordinanza di rinvio: secondo tale giudice, l'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP «comprende necessariamente anche *i precedenti casi* di condotte anticoncorrenziali commesse da concorrenti non presenti o indicati nell'offerta del concorrente» (il corsivo è mio).

¹⁹ Supra, nota 12.

²⁰ Sentenza Meca, punto 34.

49. Tale dichiarazione della Corte è coerente con l'articolo 56, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/24: l'amministrazione aggiudicatrice deve verificare che «l'offerta proviene da un offerente che non è escluso conformemente all'articolo 57». Spetta quindi ad essa, in ogni caso, decidere se un offerente debba essere escluso dalla procedura d'appalto.

50. La categorica dichiarazione sopra trascritta deve tuttavia essere precisata qualora una precedente decisione definitiva dell'autorità competente abbia accertato un comportamento incompatibile con l'accesso alle procedure di aggiudicazione dell'appalto o abbia vietato all'offerente di partecipare a tali procedure.

51. Nel contesto in cui si formula la domanda (vale a dire in presenza di comportamenti restrittivi della concorrenza imputati ad un offerente), si aprono tre possibili scenari:

- se tale operatore è stato previamente escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti (articolo 57, paragrafo 6, ultimo comma, della direttiva 2014/24), a causa di comportamenti restrittivi della concorrenza²¹, l'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare un siffatto divieto. L'operatore economico condannato non ha diritto alla possibilità di dimostrare la propria affidabilità (misure correttive o di self-cleaning) durante il periodo di esclusione risultante dalla sentenza dello Stato membro nel quale tale sentenza è esecutiva²²;
- se il divieto di partecipazione non è stato disposto con sentenza definitiva, ma con una decisione dell'ADC, l'amministrazione aggiudicatrice non è inesorabilmente vincolata ad essa: potrà verificare se l'operatore ha adottato le misure correttive cui ho fatto riferimento sopra e consentirgli, ciononostante, di partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto;
- lo stesso vale, a fortiori, nel caso in cui l'ADC non abbia imposto un divieto di partecipazione alla procedura di appalto ma abbia sanzionato l'operatore economico per condotte collusive.

52. Mi soffermerò sulla seconda e sulla terza ipotesi che ho appena esposto nell'ambito dell'analisi delle questioni pregiudiziali successive. Per rispondere alla prima, nei termini ampi in cui è formulata, ritengo sufficiente una risposta che indichi la regola generale, fatte salve le eccezioni derivanti dalla stessa direttiva 2014/24.

C. Sulla seconda questione pregiudiziale

53. Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, nel contesto dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24, il legislatore nazionale possa «sostituire integralmente la decisione spettante all'amministrazione aggiudicatrice» con una decisione dell'ADC che imponga a un operatore, a titolo di sanzione accessoria, il divieto di partecipare a procedure di appalto.

²¹ Il divieto di contrarre può essere stato pronunciato con sentenza definitiva per violazioni commesse in altri settori dell'ordinamento giuridico. Mi riferisco qui a quelle imposte da un'autorità garante della concorrenza, come è avvenuto nel caso di specie.

²² Sull'interpretazione dell'analoga norma presente nella direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), v. sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punto 20).

54. La legge n. 19/2012 consente all'ADC di infliggere agli operatori colpevoli di comportamenti restrittivi della concorrenza, oltre alla sanzione pecuniaria, la sanzione²³ accessoria del divieto di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici durante un determinato periodo di tempo [articolo 71, paragrafo 1, lettera b)].

55. Orbene, come ho già spiegato, l'ADC ha espressamente deciso che non occorre infliggere alla Futrifer la sanzione accessoria.

1. Irricevibilità

56. Partendo da tale premessa, benché, sotto altre angolazioni e in termini generali, il problema sollevato dal giudice del rinvio possa presentare un grande interesse, la questione riveste un carattere ipotetico rispetto alla causa in esame.

57. La domanda avrebbe senso se, in presenza di una decisione dell'ADC che impone un divieto di contrarre, si dovesse accertare, come chiede il giudice del rinvio, in quale misura tale decisione sia sufficiente per «sostituire» quella (successiva) dell'amministrazione aggiudicatrice.

58. Quando, al contrario, è pacifico, nel procedimento contro la Futrifer, che l'ADC non le ha deliberatamente inflitto la sanzione accessoria del divieto di contrarre, non vedo quale sarebbe l'utilità per la presente controversia di pronunciarsi sulle conseguenze di un siffatto (inesistente) divieto.

59. La seconda questione pregiudiziale è quindi irricevibile²⁴.

2. In subordine, quanto al merito

60. Qualora la Corte non condividesse la mia opinione e scegliesse di affrontare il merito di tale questione pregiudiziale, esporrò la mia posizione al riguardo.

61. A mio avviso (lasciando da parte i casi in cui il divieto di partecipazione sia stato adottato in forza di una sentenza definitiva)²⁵, la decisione dell'ADC che vieta ad un operatore di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti non vincola l'amministrazione aggiudicatrice fino al punto di «sostituire integralmente la [sua] decisione».

62. Infatti, anche in tale ipotesi, l'amministrazione aggiudicatrice può verificare se l'operatore economico sanzionato abbia adottato le misure correttive di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 e consentire, ciononostante, la sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

²³ La legge n. 19/2012 qualifica tale divieto come «sanzione». Essa non dà quindi luogo al dibattito sulla sua natura giuridica, che è in discussione in altri ordinamenti giuridici.

²⁴ La Futrifer ritiene che il rinvio pregiudiziale nel suo complesso sia irricevibile, in quanto nessuna delle questioni, che ritiene generiche e ipotetiche, sarebbe rilevante ai fini della decisione della controversia. La Commissione, più sinteticamente, critica il fatto che il giudice del rinvio «sembra invitare la Corte a pronunciarsi, in modo ampio e quasi astratto, sul recepimento della direttiva 2014/24», ma non giunge a contestare la ricevibilità del rinvio. Da parte mia, ritengo che la critica della Futrifer sia corretta per quanto riguarda la seconda e la quarta questione pregiudiziale.

²⁵ V. paragrafi 50 e 51 delle presenti conclusioni.

63. Ricordo che l'operatore economico dispone di un diritto non equivoco a dimostrare la sua affidabilità mediante tali misure di self-cleaning, diritto che deriva direttamente da detto articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24²⁶.

64. La soluzione da me proposta (riserva all'amministrazione aggiudicatrice della facoltà di verificare le misure correttive, nonostante il divieto di contrarre disposto dall'autorità garante della concorrenza) consente di trovare un punto di equilibrio tra due approcci:

- da un lato, quello diretto a preservare le attribuzioni proprie dell'amministrazione aggiudicatrice, che deve essere libera di valutare l'affidabilità del candidato senza essere necessariamente vincolata dalle valutazioni di altri organismi pubblici²⁷;
- dall'altro, quello che si mostra rispettoso delle funzioni delle autorità pubbliche incaricate di perseguire, in particolare, i comportamenti restrittivi della concorrenza²⁸. L'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto delle decisioni di tali autorità, poiché, in definitiva, «l'esistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza può essere dimostrata solo dopo una decisione che qualifichi giuridicamente i fatti in tal senso»²⁹.

65. È vero, tuttavia, che, come la Corte ha dichiarato alla luce del considerando 102 della direttiva 2014/24³⁰, gli Stati membri dispongono di «un ampio margine di discrezionalità (...) quanto alla definizione delle autorità incaricate di valutare l'adeguatezza delle misure correttive. Al riguardo, (...) possono affidare tale compito di valutazione a qualsiasi autorità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore»³¹.

66. Insomma, nel valutare se applicare le disposizioni dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), l'amministrazione aggiudicatrice può, alternativamente:

- o escludere, autonomamente, in assenza di precedenti decisioni di altre autorità, un operatore economico per il quale esistano indizi sufficientemente plausibili del fatto che abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;
- oppure, una volta che tali accordi restrittivi della concorrenza siano stati accertati dall'autorità interessata³², e indipendentemente dal fatto che quest'ultima abbia disposto il divieto di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti, valutare se le misure correttive adottate dall'offerente o dal candidato ne dimostrino l'affidabilità ed egli non debba quindi essere escluso dalla procedura d'appalto, in forza dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. Uno Stato membro può tuttavia affidare la valutazione delle misure correttive a un'autorità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice, nel qual caso quest'ultima deve attenersi a tale valutazione.

²⁶ Sentenza del 14 gennaio 2021, RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punto 48).

²⁷ Rinvio alle conclusioni da me presentate nella causa Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393), paragrafo 30.

²⁸ Sentenza del 24 ottobre 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855; in prosieguo: la «sentenza Vossloh Laeis», punti 25 e 26).

²⁹ Sentenza Vossloh Laeis, punto 39.

³⁰ «[Gli Stati membri] 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».

³¹ Sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punto 29).

³² Sul rapporto tra le decisioni dell'autorità garante della concorrenza e quelle delle amministrazioni aggiudicatrici, v. i punti da 25 a 33 della sentenza Vossloh Laeis.

D. Sulla terza questione pregiudiziale

67. Nella formulazione della terza questione pregiudiziale, sembrano in realtà coesistere due quesiti:

- da un lato, se «la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice sull'«affidabilità» dell'operatore economico tenuto conto dell'osservanza (inosservanza) delle regole del diritto della concorrenza» possa adottarsi «al di fuori della specifica procedura di aggiudicazione»;
- dall'altro lato, se tale valutazione sull'idoneità relativa dell'operatore economico debba essere «sufficientemente motivata» mediante un «giudizio autonomo» dell'amministrazione aggiudicatrice impugnabile dagli altri concorrenti³³.

68. Ancora una volta, la premessa dalla quale sembra muovere la questione in esame è che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice sia stata preceduta dalla misura accessoria (divieto di contrarre) disposta dall'ADC. Su questa base, il giudice del rinvio chiede se le ragioni alla base della misura accessoria sono «dello stesso tipo e natura» del «giudizio di affidabilità» che deve essere adottato dall'amministrazione aggiudicatrice³⁴.

69. Così intesa, la questione presenterebbe gli stessi problemi di irricevibilità (per la sua natura ipotetica) già evocati con riferimento alla seconda. Orbene, nella sua argomentazione, il giudice del rinvio menziona la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di decidere di ammettere l'idoneità di un operatore economico, benché quest'ultimo sia stato sanzionato per comportamenti collusivi, senza che tra tali sanzioni sia stato incluso il divieto di contrarre³⁵.

70. Risponderò quindi ai due quesiti sulla base dell'approccio del giudice del rinvio che ho appena menzionato.

1. Giudizio di affidabilità o idoneità a carico dell'amministrazione aggiudicatrice

71. In realtà, la risposta a tale parte della questione pregiudiziale deriva da quella che ho già dato alle precedenti due. L'amministrazione aggiudicatrice mantiene pienamente il suo potere di valutare l'affidabilità dell'offerente o del candidato, dopo la decisione dell'autorità garante della concorrenza, nei termini sopra esposti.

72. Ai sensi del considerando 101 della direttiva 2014/24, «[l]e amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati *inaffidabili*, per esempio a causa di (...) *altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza*»³⁶. Il medesimo considerando fa riferimento, nel secondo paragrafo, ai comportamenti tenuti nell'esecuzione di precedenti contratti «che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico»³⁷.

³³ Ordinanza di rinvio, punto 2.2.6, terzo paragrafo.

³⁴ Secondo il giudice del rinvio, nella presente causa, «l'ente aggiudicatore non dimostra alcun interesse ad esprimere un proprio giudizio sull'«affidabilità» dell'offerente (...). Al contrario, sostiene la tesi secondo cui non è necessario emettere tale giudizio, poiché esso è già contenuto nella decisione adottata dall'ADC» (punto 2.2.6, quinto paragrafo, dell'ordinanza di rinvio).

³⁵ Ciò sembra emergere, in modo non troppo chiaro, dal punto 2.2.6 dell'ordinanza di rinvio.

³⁶ Il corsivo è mio.

³⁷ V. sentenza Meca, punto 30.

73. Non sorprende che, alla luce di tale considerando, la Corte di giustizia dichiari: «la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti»³⁸.

74. Infatti, i motivi di esclusione facoltativa consentono agli Stati membri di soddisfare obiettivi di interesse generale e mirano, in ogni caso, ad assicurare le garanzie di affidabilità³⁹, diligenza, onestà professionale e serietà dell'offerente⁴⁰.

75. In particolare, la Corte ha ritenuto, rispetto all'«obiettivo sotteso all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24», che, «la facoltà, o addirittura l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto è destinato in modo particolare a permettere a detta amministrazione di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli operatori economici»⁴¹.

76. Inoltre, la corretta interpretazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 richiede che la verifica dell'integrità e dell'affidabilità dell'offerente si estenda ai suoi comportamenti restrittivi della concorrenza intercorsi *nel passato*, e non solo agli accordi collusivi intervenuti nell'ambito della «specifica» procedura di aggiudicazione sulla quale l'amministrazione aggiudicatrice si debba pronunciare.

77. Tanto si deduce, in particolare, dall'articolo 57, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva 2014/24, a tenore del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere qualora risulti che l'operatore economico si trova, «a causa di atti compiuti o omessi *prima* o nel corso *della procedura*, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4»⁴².

78. Occorre aggiungere alle considerazioni che precedono che l'amministrazione aggiudicatrice può, in alternativa, ricorrere all'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva 2014/24 adottando come base della sua decisione di escludere all'offerente la circostanza che questi si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali.

79. Nella nozione di grave illecito professionale, che la legge portoghese riconosce come motivo di esclusione⁴³, possono essere inclusi anche comportamenti restrittivi della concorrenza, anche se per questi ultimi esiste un tipo specifico di esclusione: ciò è confermato dal considerando 101

³⁸ Ibidem, punto 29.

³⁹ Nelle conclusioni nella causa Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393), paragrafo 28, ho già indicato che «[l]a direttiva 2014/24 contempla l'affidabilità in quanto componente fondamentale del rapporto» tra l'amministrazione aggiudicatrice e gli offerenti.

⁴⁰ Sentenza del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), punti 29, 31 e 32.

⁴¹ Sentenza del 30 gennaio 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punto 41).

⁴² Il corsivo è mio.

⁴³ L'articolo 55, paragrafo 1, lettera c), del CCP impone il divieto di presentare offerte alla persona, fisica o giuridica, cui sia stata inflitta una sanzione amministrativa per gravi illeciti professionali.

della direttiva 2014/24, già menzionato, che (nel solco tracciato dalla Corte di giustizia con riguardo alla direttiva precedente)⁴⁴ considera le violazioni di norme in materia di concorrenza alla stregua di modalità di commissione di una grave violazione dei doveri professionali⁴⁵.

80. Resta il fatto che, come sottolineato in udienza, tale possibilità presuppone una certa sovrapposizione tra i due motivi di esclusione facoltativa. Tuttavia, ritengo che essa, se si definisce la loro relazione come di complementarietà, sia utile alla realizzazione degli obiettivi della direttiva 2014/24.

81. Laddove sia integrata la fattispecie di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24, è logico che l'amministrazione aggiudicatrice invochi tale motivo di esclusione. Per gli altri comportamenti che, pur violando le regole in materia di tutela della concorrenza, non hanno la natura di «accordi con altri operatori», è possibile ricorrere alla formulazione più generale della lettera c).

82. Se l'obiettivo è quello di dotare l'amministrazione aggiudicatrice della massima capacità di valutare l'affidabilità degli offerenti e dei candidati, non vedo ragioni per limitare i suoi poteri delimitando quali «violazione delle regole di concorrenza» sono state commesse. Il considerando 101 della direttiva 2014/24, lo ribadisco, autorizza l'impiego del suo articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e d), nei termini summenzionati. Esso genera quindi un concorso di norme che l'interprete dovrà risolvere applicando la norma più adatta alle circostanze di ciascun caso.

2. *Obbligo di motivazione*

83. L'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo di «procedere ad una valutazione concreta e individualizzata dell'atteggiamento del soggetto interessato»⁴⁶. Tale valutazione deve tradursi in una motivazione dell'atto adottato che consenta ai suoi destinatari, nonché agli eventuali concorrenti, di contestarlo in giudizio⁴⁷.

84. Qualora (come nel caso di specie) uno dei concorrenti abbia sostenuto che un altro si è reso colpevole di un motivo di esclusione ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24, l'amministrazione aggiudicatrice deve spiegare in modo specifico perché ritiene tale candidato affidabile. Se del caso, la motivazione deve estendersi alla valutazione delle misure correttive adottate dall'offerente sanzionato⁴⁸.

⁴⁴ Ordinanza del 4 giugno 2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), a proposito dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva n. 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).

⁴⁵ Circa l'«Ambito di applicazione del motivo di esclusione per collusione: copertura delle pratiche concordate e interazione con il motivo di esclusione a causa di gravi illeciti professionali» è opportuna la lettura del punto 5.2 della Comunicazione della Commissione europea sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione (2021/C 91/01).

⁴⁶ Sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), punto 157, che cita la sentenza del 9 novembre 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839), punto 39 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 120.

⁴⁸ Ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, terzo comma, della direttiva 2014/24, «[s]e si ritiene che le misure [adottate dagli operatori economici] siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione». Tale disposizione non osta tuttavia a che la motivazione operi nel caso contrario, qualora un altro operatore concorrente la esiga per difendere l'esclusione del suo rivale.

85. L'obbligo di motivazione può essere soddisfatto se l'amministrazione aggiudicatrice fa proprie, direttamente o mediante rinvio, le argomentazioni prese in considerazione dall'autorità di settore (nel caso di specie, l'ADC) nel dichiarare che un operatore aveva concluso accordi con altri per distorcere la concorrenza.

E. Sulla quarta questione pregiudiziale

86. Il giudice del rinvio dubita che la «soluzione adottata nell'ordinamento portoghese mediante l'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), del CCP» sia conforme all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24.

87. L'interpretazione di questa disposizione del CCP da parte del giudice del rinvio (alla quale la Corte di giustizia deve attenersi, in quanto proviene dalla suprema istanza giudiziaria portoghese nell'ordinamento amministrativo) è la seguente: quando l'esclusione di un operatore economico è dovuta a «violazione delle regole di concorrenza al di fuori della specifica procedura di aggiudicazione in esame», l'articolo 55, paragrafo 1, lettera f), del CCP fa dipendere tale esclusione dalla decisione dell'ADC «in sede di applicazione della sanzione accessoria consistente nel divieto di partecipazione a gare d'appalti pubblici». Nell'ambito di tale procedura, aggiunge il giudice del rinvio, l'ADC valuterebbe la rilevanza delle misure correttive adottate.

88. Le stesse ragioni addotte nell'ambito dell'analisi della seconda questione pregiudiziale⁴⁹ rendono anche la presente questione ipotetica, in quanto:

- da un lato, l'ADC ha espressamente escluso la sanzione accessoria come reazione al comportamento della Futrifer;
- dall'altro, agli atti non risulta che qualcuno degli operatori interessati abbia invocato, per superare un (inesistente) divieto preliminare di contrarre, l'adozione delle misure correttive di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24.

89. Gli interrogativi del giudice del rinvio eccedono quindi i limiti della controversia, alla luce dei fatti oggetto di giudizio, e su di essi si chiede, in realtà, un parere consultivo della Corte su punti estranei a tali fatti.

90. Al fine di eludere l'eccezione di irricevibilità, la questione potrebbe essere riformulata considerando che essa viene sollevata nel caso in cui l'ADC ritenesse dimostrato l'accordo collusivo e lo sanzionasse con una sanzione pecuniaria, ma senza aggiungere il divieto di contrarre.

91. In ogni caso, o in virtù di tale riformulazione o in subordine, la risposta che propongo si ispira alle mie precedenti considerazioni. Quindi:

- non sarebbe conforme all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 una norma nazionale (o la relativa interpretazione) che richieda, come condizione necessaria per la sua applicazione, la previa decisione di un'autorità garante della concorrenza;

⁴⁹ La differenza rispetto alla seconda questione pregiudiziale risiede nel fatto che, qui, il giudice del rinvio si concentra sulla circostanza che, secondo il diritto portoghese, una volta inflitta la sanzione accessoria del divieto di contrarre, l'ADC è competente anche a decidere in merito alla riabilitazione dell'operatore economico sanzionato.

- gli Stati membri possono affidare la valutazione delle misure correttive ad autorità diverse dalle amministrazioni aggiudicatrici, quali la ADC. Spetta al giudice del rinvio verificare se ciò si verifichi nel diritto portoghese e, in caso affermativo, verificare che «il regime nazionale istituito a tal fine rispetti tutti i requisiti posti dall'articolo [57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24]»⁵⁰.

F. Sulla quinta questione pregiudiziale

92. Il giudice del rinvio pone la sua attenzione sull'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP al fine di stabilire se il suo contenuto sia conforme all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24.

93. La lettura di tale articolo del CCP effettuata dal giudice del rinvio lo induce a dichiarare che esso «limit[a] la possibilità di escludere un'offerta per la presenza di forti indizi di atti, accordi, pratiche o informazioni che possono distorcere le regole di concorrenza nella specifica procedura di aggiudicazione in cui tali pratiche vengono rilevate».

94. L'articolo 70 del CCP si colloca, quantomeno letteralmente, in uno stadio ulteriore della procedura di aggiudicazione: mentre l'articolo 55 si applica nella fase iniziale (selezione dell'operatore basata su criteri qualitativi), l'articolo 70 si riferisce alla fase successiva (analisi delle offerte presentate). Per giungere a questa seconda fase, logicamente l'offerente o il candidato ha dovuto superare la prima, vale a dire non essere stato precedentemente escluso dalla procedura.

95. Orbene, non ci si potrà lamentare della disposizione nazionale se la sua interpretazione fa salva, in ogni caso, la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di constatare che, prima della specifica procedura di aggiudicazione che deve aggiudicare, un offerente ha commesso comportamenti restrittivi della concorrenza che determinano la sua esclusione.

96. In altri termini, nessuna disposizione della direttiva 2014/24 è violata se l'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP si limita a consentire che l'amministrazione aggiudicatrice, autonomamente, escluda l'offerta di un offerente qualora constati che quest'ultima è stata il risultato di comportamenti collusivi intervenuti nell'ambito della procedura di aggiudicazione stessa⁵¹.

97. La formulazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24 è sufficientemente ampia da includere tutte le eventualità che determinino la conoscenza in capo all'amministrazione aggiudicatrice dei comportamenti di un offerente intesi a falsare la concorrenza.

98. Nelle conclusioni nella causa Vossloh Laeis ho sostenuto che l'articolo 57 della direttiva 2014/24 riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici determinate funzioni con connotazioni investigative⁵², tesi che la Corte ha fatto propria nella sentenza pronunciata in tale causa⁵³.

⁵⁰ Sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468), punti 31, 38 e dispositivo, punto 2.

⁵¹ Spetta al giudice del rinvio decidere se, inoltre, l'articolo 70, paragrafo 2, lettera g), del CCP possa essere interpretato nel senso indicato alla nota 18.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, paragrafi da 46 a 49.

⁵³ Sentenza Vossloh Laeis, punti 24 e segg.

99. Facendo uso di queste funzioni, le amministrazioni aggiudicatrici sono autorizzate a individuare la presenza di accordi fra gli offerenti, conclusi in relazione alla procedura di aggiudicazione in corso, che distorcono la concorrenza. È possibile che, come indicato dalla Commissione, l'amministrazione aggiudicatrice incontri difficoltà nell'acquisire la prova del comportamento restrittivo della concorrenza. Tali difficoltà, oltre a non essere insormontabili nella pratica, non giustificano una limitazione imposta all'amministrazione aggiudicatrice nel valutare un comportamento collusivo di cui essa constata l'esistenza.

V. Conclusione

100. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di dichiarare irricevibili la seconda e la quarta questione pregiudiziale e di rispondere al Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo) nei seguenti termini:

«L'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE,

deve essere interpretato nel senso che:

- il motivo di esclusione facoltativa previsto da tale disposizione deve essere valutato dall'amministrazione aggiudicatrice senza essere vincolata da decisioni di altre autorità, a meno che un operatore non sia stato escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto e per il periodo di esclusione risultante da detta sentenza nello Stato membro in cui essa è esecutiva;
- l'amministrazione aggiudicatrice deve motivare, direttamente o mediante rinvio, le ragioni per le quali ammette la partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto di un offerente che sia stato previamente sanzionato in quanto autore di comportamenti restrittivi della concorrenza;
- non osta a una normativa nazionale che autorizza l'amministrazione aggiudicatrice a escludere un'offerta per la presenza di forti indizi di atti, accordi, pratiche o informazioni che possono distorcere le regole di concorrenza nella specifica procedura di aggiudicazione in cui tali pratiche vengono rilevate.

In subordine, propongo alla Corte di rispondere alla seconda e alla quarta questione pregiudiziale nei seguenti termini:

- qualora un'autorità garante della concorrenza abbia inflitto una sanzione accessoria consistente nel divieto di partecipazione a procedure di aggiudicazione gare d'appalti pubblici durante un determinato periodo di tempo nei confronti di un operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice conserva la facoltà di non escluderlo dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, nelle circostanze di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24;
- l'operatore economico ha il diritto di fornire la prova di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua affidabilità ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, che l'amministrazione aggiudicatrice (o l'autorità a ciò autorizzata a norma del diritto nazionale) deve valutare, anche nel caso in cui un'autorità garante della concorrenza abbia adottato nei

suoi confronti una sanzione accessoria consistente nel divieto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di appalto».