Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate il 3 marzo 2016[1]

Causa C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
contro
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud, Portogallo)]

«Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii) — Effetto diretto — Procedure di aggiudicazione — Operatori economici — Capacità tecniche e professionali — Prova»

I – **Introduzione**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale si inserisce nell'ambito di una controversia tra l'Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (in prosieguo: l'«Ambisig») e l'AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (in prosieguo: l'«AICP»).

2. Tale domanda verte sull'interpretazione dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, 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[2].

3. Detta disposizione riguarda le prove delle capacità tecniche e professionali degli operatori interessati dall'appalto di cui trattasi. Con le sue questioni pregiudiziali, il Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud, Portogallo) interroga la Corte riguardo, da una parte, al suo eventuale effetto diretto e, dall'altra, alla gerarchia dei mezzi di prova che essa prevede.

II – **Contesto normativo**

A – *Il diritto dell'Unione*

4. Il titolo II della direttiva 2004/18 fissa le disposizioni relative agli appalti pubblici. I criteri di selezione qualitativa sono sviluppati nella sezione 2 del capo VII che comprende, in particolare, gli articoli 45 e 48.

1 — Lingua originale: il francese.
2 — GU L 134, pag. 114.

5. L'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18 dispone che ogni operatore economico «che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni» può essere escluso dalla partecipazione all'appalto.

6. L'articolo 48 della direttiva 2004/18, rubricato «Capacità tecniche e professionali», recita quanto segue:

«1. Le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate e verificate secondo i paragrafi 2 e 3.

2. Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi:

(...)

ii) presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Le forniture e le prestazioni di servizi sono provate:

— quando il destinatario era un'amministrazione aggiudicatrice, da certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;

— quando il destinatario è stato un privato, da una attestazione dall'acquirente ovvero, in mancanza di tale attestazione, semplicemente da una dichiarazione dell'operatore economico;

(...)».

B – *Il diritto portoghese*

1. Il codice degli appalti pubblici

7. La direttiva 2004/18 è stata recepita nell'ordinamento giuridico portoghese con il codice degli appalti pubblici (Código dos Contratos Públicos), approvato con decreto legge n. 18/2008, del 29 gennaio 2008, come modificato e nuovamente pubblicato nell'allegato del decreto legge n. 278/2009, del 2 ottobre 2009 (*Diário da República*, 1ª serie, n. 192, del 2 ottobre 2009, in prosieguo: il «codice degli appalti pubblici»).

8. L'articolo 165 del codice degli appalti pubblici è formulato come segue:

«1 – I requisiti minimi in materia di capacità tecnica previsti al paragrafo 1, lettera h), del precedente articolo devono essere adeguati alla natura delle prestazioni che costituiscono l'oggetto dell'appalto da concludere e descrivere le situazioni, le qualità, le caratteristiche o altri elementi di fatto relativi, in particolare:

a) all'esperienza professionale dei candidati;

b) alle risorse umane, tecnologiche, in termini di attrezzatura o di altro tipo utilizzate, a qualsiasi titolo, dai candidati;

c) al modello e alla capacità organizzativa dei candidati, in particolare per quanto riguarda la direzione e l'integrazione di competenze specializzate, i sistemi informatici di supporto e i sistemi di controllo della qualità;

d) alla capacità dei candidati di adottare misure di gestione dell'ambiente nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto da concludere;

e) alle informazioni contenute nella banca dati dell'Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., riguardo agli imprenditori, qualora si tratti dell'aggiudicazione di un appalto di lavori o di una concessione di lavori pubblici.

(...)

5 – I requisiti minimi in materia di capacità tecnica previsti al paragrafo 1 e il fattore "f" previsto al paragrafo 1, lettera i), del precedente articolo non possono essere fissati in maniera discriminatoria».

2. Il disciplinare di gara

9. L'articolo 12 del disciplinare di gara dispone quanto segue:

«Ai fini della selezione, i candidati dovranno produrre i seguenti documenti:

(...)

c) dichiarazione del cliente, in carta intestata e bollata, a prova dell'attuazione del sistema di gestione dell'ambiente e/o della qualità [richiesta dall'articolo 8 del disciplinare di gara] da parte del candidato, conformemente al modello di dichiarazione di cui all'allegato VIII al presente disciplinare di gara. La dichiarazione dovrà contenere l'autentica di firma e della qualità del firmatario, effettuata da un notaio, avvocato o altro soggetto competente;

(...)

f) dichiarazione del cliente, in carta intestata e bollata, a prova dell'attuazione di sistemi di gestione, sviluppo e dell'attuazione di una piattaforma tecnologica in rete, del software di sistemi di gestione e di azioni di coordinamento [richiesta dall'articolo 8 del disciplinare di gara] da parte del candidato, con indicazione del rispettivo valore, in conformità del modello di dichiarazione di cui all'allegato IX al presente disciplinare di gara. La dichiarazione dovrà contenere l'autentica di firma e della qualità del firmatario, effettuata da un notaio, avvocato o altro soggetto competente; (...)».

III – **Fatti del procedimento principale**

10. Secondo la decisione di rinvio, l'AICP ha deciso di procedere, il 23 aprile 2013, all'apertura di una procedura di appalto ristretta con selezione preliminare ai fini dell'aggiudicazione di un appalto per la prestazione di servizi per l'attuazione di sistemi di gestione dell'ambiente, qualità e piattaforma tecnologica.

11. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, lettere da a) a c), del disciplinare di gara, i candidati dovevano soddisfare cumulativamente più requisiti relativi alla loro capacità tecnica.

12. L'articolo 12, paragrafo 1, lettere c) ed f), dello stesso disciplinare di gara prevedeva che, per essere selezionati, i candidati dovevano attestare dette condizioni tramite dichiarazioni di clienti in carta intestata e bollata. Queste ultime dovevano altresì contenere l'autentica di firma e della qualità del firmatario, effettuata da un notaio, avvocato o altro soggetto competente.

13. Nell'ambito di detta gara d'appalto, l'AICP ha approvato, il 30 agosto 2013, la relazione finale della fase di selezione elaborata dalla commissione giudicatrice. Tale relazione aggiudicava l'appalto alla società Índice ICT & Management, Lda ed escludeva le altre due candidature, tra cui quella dell'Ambisig.

14. Per ragioni che non sono menzionate nella decisione di rinvio, tale delibera è stata annullata, il 14 novembre 2013, con sentenza del Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud). Quest'ultimo ha, inoltre, ordinato all'AICP di adottare, entro un termine di 20 giorni, una nuova delibera sulla scelta della procedura e di approvare un nuovo disciplinare di gara, privato delle illegittimità rilevate, nonché di compiere tutti gli atti e i provvedimenti ad esso conseguenti.

15. Conformemente a tale sentenza, l'AICP ha deciso, il 10 dicembre 2013, di procedere all'apertura di una nuova procedura di appalto ristretta con selezione preliminare ai fini dell'aggiudicazione di un appalto per la prestazione di servizi di attuazione di sistemi di gestione dell'ambiente, qualità e piattaforma tecnologica in tredici imprese.

16. Al termine di detta nuova procedura di selezione, la direzione dell'AICP ha deciso di approvare, il 27 marzo 2014, la relazione finale della fase di selezione elaborata dalla commissione giudicatrice che selezionava la candidatura dell'Índice ICT & Management Lda ed escludeva quella dell'Ambisig.

17. L'Ambisig ha proposto ricorso avverso tale delibera dinanzi al Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Tribunale amministrativo e fiscale di Leiria, Portogallo), il quale l'ha annullata l'11 giugno 2014. Tuttavia, l'Ambisig ha impugnato la decisione dinanzi al medesimo giudice in composizione collegiale, giacché esso aveva erroneamente respinto i motivi del ricorso relativi, in particolare, all'incompatibilità dell'articolo 12, paragrafo 1, lettere c) ed f), del disciplinare di gara con i requisiti probatori previsti all'articolo 48 della direttiva 2004/18, e con i principi di concorrenza, d'imparzialità e di proporzionalità derivanti dal codice degli appalti pubblici.

18. Il Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Tribunale amministrativo e fiscale di Leiria), con sentenza del 6 agosto 2014, ha respinto la pretesa dell'Ambisig, e ha, pertanto, confermato la propria decisione dell'11 giugno 2014. L'Ambisig ha deciso di impugnare tale sentenza dinanzi al Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud).

19. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è stata formulata nell'ambito di tale ricorso. Infatti, il Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud) manifesta alcuni dubbi sulla portata dei requisiti probatori previsti all'articolo 48 della direttiva 2004/18 e la conformità a detto articolo dei requisiti del disciplinare di gara.

IV – **Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte**

20. Con decisione del 29 gennaio 2015, pervenuta alla Corte il 5 febbraio 2015, il Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud) ha dunque deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, posto che la normativa portoghese non regolamenta la materia di cui all'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), sub ii), secondo trattino, della direttiva 2014/18 (…), detta disposizione sia direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico portoghese nel senso che conferisce ai privati un diritto che gli stessi possono far valere dinanzi alle amministrazioni aggiudicatrici.

2) Se l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), sub ii), secondo trattino, della direttiva 2014/18/CE debba essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di norme, previste dall'amministrazione aggiudicatrice, che non consentano all'operatore economico di dar prova delle prestazioni di servizi mediante una dichiarazione firmata dallo stesso operatore economico, a meno che quest'ultimo non dia prova dell'impossibilità e della seria difficoltà di ottenere un'attestazione da parte dell'acquirente privato.

3) Se l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), sub ii), secondo trattino, della direttiva 2014/18/CE debba essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di norme, previste dall'amministrazione aggiudicatrice, le quali impongono, a pena di esclusione, che l'attestazione dell'acquirente privato contenga l'autentica di firma da parte di un notaio, avvocato o altro soggetto competente».

21. L'Ambisig, il governo portoghese e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. Il governo portoghese e la Commissione hanno, inoltre, presentato osservazioni orali all'udienza svoltasi il 28 gennaio 2016.

V – **Analisi**

A – *Sulla prima questione pregiudiziale*

22. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che, in assenza di recepimento nel diritto interno, esso possa conferire ai privati diritti che questi ultimi potrebbero far valere dinanzi alle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di controversie instaurate dinanzi ai giudici nazionali. Si tratta dunque di determinare l'eventuale effetto diretto di tale disposizione.

1. La determinazione dell'effetto diretto dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18

23. Le condizioni e i limiti del riconoscimento dell'effetto diretto delle disposizioni di una direttiva sono noti. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato quando questo non ha recepito la direttiva nei termini o quando l'ha recepita in modo non corretto [3].

24. Una disposizione del diritto dell'Unione è considerata incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione europea o degli Stati membri [4].

25. L'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 mi sembra soddisfare i suddetti criteri di incondizionalità e di precisione. Tale disposizione non richiede, infatti, alcuna misura complementare ai fini della sua applicazione giacché prevede, da un lato, che le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate tramite la presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione

3 — V., in tal senso, tra numerose sentenze, sentenza Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punto 18 e giurisprudenza ivi citata).

4 — V., in tal senso, sentenze Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, punto 32) e Larentia + Minerva e Marenave Schiffahrt (C-108/14 e C-109/14, EU:C:2015:496, punto 49).

dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati e giacché precisa, dall'altro, che quando il destinatario è stato un privato, la prestazione del servizio sarà provata da un'attestazione dall'acquirente ovvero, in mancanza di tale attestazione, semplicemente da una dichiarazione dell'operatore economico.

26. La Corte ha, inoltre, già avuto occasione di affermare che l'articolo 26 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [5], poteva essere fatto valere da un privato dinanzi ai giudici nazionali, «poiché, per il rispetto [delle] esigenze [ivi previste], non è necessario alcun particolare provvedimento di attuazione» [6]. Orbene, anche se detto articolo della direttiva 71/305 concerneva unicamente gli appalti di lavori e non gli appalti di servizi, le regole probatorie delle capacità tecniche previste da tale disposizione possono essere considerate analoghe, dal punto di vista della loro incondizionalità e della loro precisione, a quelle dell'articolo 48 della direttiva 2004/18.

27. Osservo, infine, che la Corte ha altresì dichiarato, in via generale, che le disposizioni del titolo VI della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [7] potevano essere fatte valere da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale «nella misura in cui dall'esame individuale del loro testo emerga che sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise» [8]. Orbene, tra dette disposizioni figurava l'articolo 32, il quale già prevedeva, al suo paragrafo 2, che la prova della capacità tecnica dei prestatori di servizi poteva essere fornita mediante «la presentazione di un elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati dei servizi stessi, [e che], nel caso di servizi prestati a privati, l'effettiva prestazione [andava] certificata dall'acquirente ovvero, in mancanza di un tale certificato, semplicemente dichiarata dal prestatore dei servizi».

28. Orbene, è giocoforza constatare che l'articolo 48, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 riprende tale disposizione in termini quasi identici. Mi pare, dunque, che quest'ultima disposizione sia incondizionata e sufficientemente precisa per essere fatta valere dinanzi ai giudici nazionali.

2. La necessità di qualificare l'amministrazione aggiudicatrice come «Stato»

29. Tuttavia, affinché l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 possa essere fatto valere dall'Ambisig dinanzi al giudice nazionale, spetta al giudice del rinvio assicurarsi che l'amministrazione aggiudicatrice in questione nel procedimento principale non sia un «privato».

30. Infatti, ai sensi di una costante giurisprudenza, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo. Essa non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale [9].

31. Tuttavia, se le disposizioni di una direttiva che abbiano effetto diretto, di conseguenza, si possono opporre unicamente a uno Stato, la veste in cui esso agisce è irrilevante [10].

5 — GU L 185, pag. 5.

6 — Sentenza Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, punto 43).

7 — GU L 209, pag. 1.

8 — Sentenza Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, punto 47).

9 — V., in tal senso, sentenze Marshall (152/84, EU:C:1986:84, punto 48); Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punto 20), e Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punto 22).

10 — V., in tal senso, sentenza Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punto 23).

32. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, «fa parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonee a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio d'interesse pubblico e che disponga a tal fine di poteri derogatori rispetto alle norme applicabili nei rapporti fra singoli» [11].

33. Dal nome dell'amministrazione aggiudicatrice in questione nel procedimento principale sembra che si tratti di un'associazione di imprese puramente privata che non fornisce un servizio di interesse pubblico e che non dispone, in ogni caso, di poteri derogatori per adempiere le proprie funzioni.

34. Rispondendo ai quesiti posti dalla Corte nell'udienza del 28 gennaio 2016, il rappresentante del governo portoghese ha confermato che l'AICP era un'associazione di diritto privato, che non esercitava e alla quale non erano state conferite funzioni di interesse pubblico. Secondo le sue spiegazioni, solo il finanziamento prevalentemente pubblico delle attività dell'AICP giustificherebbe l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici [12].

35. Ciò detto, spetta al Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud) verificare se, all'epoca dei fatti di cui trattasi nel procedimento principale, l'AICP fosse un ente incaricato di prestare, sotto il controllo di un'autorità pubblica, un servizio di interesse pubblico, e se tale associazione di imprese disponesse, a tal fine, di poteri derogatori [13].

36. In caso contrario, l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 non gli può essere opposto. In quest'ipotesi, spetterebbe tuttavia al giudice del rinvio applicare il principio di interpretazione conforme e interpretare ogni norma pertinente del diritto nazionale, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva 2004/18 così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE [14].

B – *Sulla seconda questione pregiudiziale*

37. Con la seconda questione, il giudice del rinvio intende sapere se l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 osti all'applicazione di regole, stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, che non consentano all'operatore economico di dar prova delle proprie capacità tecniche mediante una dichiarazione firmata dallo stesso operatore economico, a meno che quest'ultimo non dia prova dell'impossibilità e della seria difficoltà di ottenere un'attestazione da parte dell'acquirente privato.

38. Il giudice del rinvio interroga dunque la Corte sull'eventuale gerarchia dei mezzi di prova consentiti dall'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18.

11 — Sentenza Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punto 24 e la giurisprudenza ivi citata).

12 — Conformemente all'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18.

13 — V., in tal senso, sentenza Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punto 31).

14 — V., in tal senso, sentenza Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punto 24 e la giurisprudenza ivi citata). La Corte ha espressamente confermato la gerarchia delle soluzioni applicabili in una controversia tra privati nella causa che ha dato luogo alla sentenza Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200), affermando che, «qualora il diritto nazionale non possa essere oggetto di interpretazione conforme a[lla] direttiva [in questione] – punto che spetta al giudice del rinvio verificare –, l'articolo [pertinente] di quest'ultima non può essere invocato in una controversia fra privati (…) allo scopo di garantire la piena efficacia del (…) diritto [che esso sancisce] e di disapplicare ogni disposizione di diritto nazionale contraria. Tuttavia, in una tale situazione, la parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione potrebbe invocare la giurisprudenza [relativa alla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione] scaturita dalla sentenza Francovich e a. (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428) per ottenere eventualmente il risarcimento del danno subito (v. sentenza Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, punto 43)» (punto 48). In altri termini, se in una controversia tra privati, il giudice nazionale non interpreta il diritto nazionale conformemente alla direttiva applicabile, egli non potrà applicare tale direttiva ma non potrà nemmeno escludere l'applicazione del diritto nazionale contrario. In tale ipotesi, il solo palliativo offerto al privato leso sarà eccepire la responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione.

39. L'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), della direttiva 2004/18 prevede che le capacità tecniche degli operatori economici possano essere provate mediante la presentazione di un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni. Se il destinatario era un privato, il secondo trattino di tale disposizione prevede due mezzi di prova per dimostrare l'effettività di dette operazioni (forniture o servizi). Tale effettività può essere provata «da una attestazione dall'acquirente ovvero, *in mancanza di tale attestazione*, semplicemente da una dichiarazione dell'operatore economico» [15].

40. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte [16].

41. Ciò detto, come rilevato dall'avvocato generale Trstenjak al paragrafo 37 delle sue conclusioni nella causa Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), «il testo di una disposizione (…) costituisce sempre il *punto di partenza* e al contempo il limite di ogni interpretazione» [17]. Condivido, inoltre, la precisazione fornita dall'avvocato generale Léger secondo la quale i metodi di interpretazione diversi da quello connesso al tenore letterale di una disposizione non sono necessari qualora il testo in questione sia assolutamente chiaro ed univoco. «In tal caso, infatti, le disposizioni d[el] diritto [dell'Unione] sono in sé sufficienti» [18].

42. Orbene, nel caso di specie, si deve constatare che l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), della direttiva 2004/18 presenta la chiarezza e il carattere univoco richiesto, e ciò, in tutte le versioni linguistiche.

43. Infatti, l'espressione «à défaut» utilizzata in detta disposizione significa «in mancanza di» [19], «in luogo di» o ancora «assenza di qualcosa» [20]. Essa può, quindi, essere interpretata solo nel senso di una gerarchizzazione delle idee. In concreto, il mezzo di prova che segue i termini «à défaut» – vale a dire la dichiarazione dell'operatore economico – è dunque necessariamente subordinato rispetto a quello che lo precede, ossia l'attestazione dall'acquirente.

44. Alcune versioni linguistiche sono ancora più esplicite giacché non si limitano a un'espressione analoga ai termini «à défaut» bensì autorizzano la semplice dichiarazione dell'operatore solo in espressa previsione della mancanza dell'attestazione dell'acquirente precedentemente prevista [21].

45. Inoltre, se l'operatore economico potesse scegliere liberamente il mezzo di prova tra quelli autorizzati dall'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18, i termini «à défaut» sarebbero privi di senso. Infatti, sarebbe sempre più facile per l'operatore economico predisporre esso stesso una dichiarazione piuttosto che richiedere un'attestazione a un terzo.

15 — Il corsivo è mio.

16 — V., in particolare, sentenze Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, punto 24); Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, punto 13); Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, punto 34), nonché Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, punto 35).

17 — Il corsivo è mio.

18 — Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, paragrafo 88). V., altresì, in una lettura a contrario, sentenza Tecom Mican e Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, punto 35).

19 — Secondo la definizione del dizionario *Le Petit Robert*, 2014.

20 — Secondo le definizioni del dizionario *Larousse.fr*

21 — V., in particolare, la versione in lingua spagnola nella quale l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), della direttiva 2004/18 è così redatto: «cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [in mancanza di tale attestazione], simplemente mediante una declaración del operador económico» (il corsivo è mio). Nella versione in lingua italiana, è altresì disposto «in mancanza di tale attestazione». Infine, nella versione tedesca, il legislatore dell'Unione descrive la situazione in cui «falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist». La versione in lingua greca è ancora più chiara giacché configura l'«impossibilità» di una attestazione dall'acquirente: «εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [se non è possibile], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα» (il corsivo è mio).

46. La dichiarazione dell'operatore economico costituisce dunque un mezzo di prova subordinato, qualora non sia stato possibile ottenere l'attestazione dall'acquirente. In tal caso, spetta all'operatore economico dimostrare di non essere stato in grado di ottenere la suddetta attestazione.

47. Infatti, poiché l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18 autorizza l'esclusione dall'appalto di ogni operatore economico «che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni», l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di verificare la veridicità di tali informazioni o la ragione della loro assenza.

48. Detta possibilità di verifica in capo all'amministrazione aggiudicatrice è tanto più necessaria se si considera che la Corte ha già statuito che, ai sensi del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza che ne deriva e ai quali le amministrazioni aggiudicatrici sono soggette in forza dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, queste ultime devono «osservare rigorosamente i criteri da ess[e] stess[e] fissati, di modo che ess[e siano] tenut[e] ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era prevista nei documenti di tale appalto sotto pena di esclusione» [22].

49. Tuttavia, come sottolinea la Commissione nelle proprie osservazioni scritte, tale requisito supplementare deve essere conforme al principio di proporzionalità.

50. Ciò significa, da un lato, che il ricorso a una dichiarazione dell'operatore economico non può essere limitato all'impossibilità assoluta di ottenere l'attestazione dall'acquirente (come ad esempio nell'ipotesi di un fallimento). Un ostacolo all'ottenimento di detta attestazione, come un semplice rifiuto non giustificato dall'acquirente o una richiesta da parte di quest'ultimo di una contropartita finanziaria, potrebbe essere sufficiente. Dall'altro, la prova di tale impossibilità deve essere valutata nel caso specifico. Pertanto, se il deposito di un documento ufficiale può essere richiesto nel caso di un fallimento, un semplice scambio di corrispondenza o una mancata risposta (da provare, ad esempio, attraverso uno o più solleciti) potrebbero essere sufficienti a dimostrare la cattiva volontà dell'acquirente.

51. In conclusione, ritengo che l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 non osti all'applicazione di regole, stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, che consentano all'operatore economico di dar prova delle proprie capacità tecniche mediante una dichiarazione firmata dallo stesso solo nel caso in cui quest'ultimo dia prova dell'impossibilità o della seria difficoltà di ottenere una dichiarazione da parte dell'acquirente privato.

C – *Sulla terza questione pregiudiziale*

52. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede se l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 osti all'applicazione di regole, stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, le quali impongono, a pena di esclusione, che la dichiarazione dell'acquirente privato contenga l'autentica di firma da parte di un notaio, avvocato o altro soggetto competente.

53. Il dubbio del giudice del rinvio sorge dalla redazione dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 nella versione in lingua portoghese. Infatti, in tale versione, si fa riferimento a una «declaração *reconhecida* do adquirente» [23], vale a dire a una dichiarazione «riconosciuta» o «autenticata». Orbene, nelle altre versioni linguistiche, un simile aggettivo non figura nel testo dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della suddetta direttiva.

22 — Sentenza Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 42). V., altresì, punto 43 di tale sentenza per il riferimento ai principi di parità e di trasparenza, nonché l'articolo 2 della direttiva 2004/18.

23 — Il corsivo è mio.

54. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione del diritto dell'Unione non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione, né si può attribuire ad essa un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Le norme del diritto dell'Unione devono essere infatti interpretate ed applicate in modo uniforme, alla luce delle versioni vigenti in tutte le lingue dell'Unione. In caso di divergenza tra le varie versioni linguistiche di un testo del diritto dell'Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata in funzione dell'economia generale e della finalità della normativa di cui fa parte [24].

55. Tale principio di equivalenza o di parità linguistica non si spinge tuttavia al punto di impedire alla Corte di scartare la versione linguistica di un testo che contraddice il senso comune condiviso dalle altre versioni linguistiche, sulla base dell'interpretazione contestuale e/o teleologica di detto testo [25].

56. Nel caso di specie, il senso comune del termine impiegato nelle altre versioni linguistiche probabilmente non consente, da solo, di fornire una risposta decisa alla questione pregiudiziale posta. Tuttavia, il contesto nel quale si colloca l'articolo 48 della direttiva 2004/18 e la sua evoluzione, unitamente alla sua interpretazione teleologica mi inducono ad adottare l'interpretazione secondo la quale l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino della direttiva 2004/18 non richiede che la produzione di una attestazione dall'acquirente privato contenga l'autentica di firma da parte di un notaio, avvocato o altro soggetto competente.

1. Il dettato dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18

57. Quando si confrontano le diverse versioni linguistiche dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18, risulta che, mentre l'aggettivo «reconhecida» («riconosciuta» o «autenticata») compare solo nella versione in lingua portoghese, si tratta altresì dell'unica versione che utilizza questo stesso termine per i due mezzi di prova previsti.

58. Infatti, nelle altre versioni linguistiche, il termine «dichiarazione» è riservato alla seconda ipotesi (la dichiarazione dell'operatore economico) mentre la prima riguarda una «attestazione» delle forniture o delle prestazioni di servizi da parte dell'acquirente. È così che si rinvengono, segnatamente nelle versioni in lingua spagnola, tedesca, inglese o ancora francese, i termini «certificado» e «declaración», «Bescheinigung» e «Erklärung», «certification» e «declaration», nonché «certification» e «déclaration» [26].

59. L'utilizzo di un termine diverso per ciascuna delle due ipotesi previste dall'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 potrebbe testimoniare la volontà del legislatore dell'Unione di distinguere l'onere probatorio ad esse associato. La contrapposizione tra i termini «attestazione» e «dichiarazione» evocherebbe allora l'idea di un formalismo maggiore nella prima ipotesi. Tale interpretazione sarebbe confermata dal testo della disposizione nella versione in lingua portoghese che utilizza il termine «dichiarazione» in entrambi i casi, ma affiancando allo stesso l'aggettivo «riconosciuta» o «autenticata» solo nel primo caso.

24 — V., in tal senso, sentenza Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, punto 35 e la giurisprudenza ivi citata).

25 — V., in tal senso, Lenaerts K. e Guttiérrez-Fons J.A., «To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice», *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, pag. da 3 a 61, in particolare pag. 14 e autori citati nella nota a pag. 78.

26 — Osservo che la versione in lingua slovacca utilizza il termine «potvrdením», che può essere tradotto con «conferma» piuttosto che con «attestazione», e il termine «vyhlásením».

60. Tuttavia, non posso totalmente ignorare che l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 autorizza la prova delle prestazioni di servizi fatte valere dall'operatore economico mediante un'attestazione *dall'acquirente*, senza fare riferimento né a qualsiasi documento ufficiale né all'intervento di un terzo. Orbene, in assenza di una simile precisazione, il senso comune della parola «attestazione» non significa altro che il fatto di assicurare qualcosa per iscritto [27].

61. Devo, pertanto, concludere che l'analisi letterale della disposizione in questione non consente, di per sé, di fornirne un'interpretazione con la certezza richiesta.

2. L'interpretazione sistematica dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18

62. Anzitutto, risulta da una giurisprudenza costante della Corte che l'articolo 48 della direttiva 2004/18 stabilisce un sistema chiuso che limita le modalità di valutazione e di verifica di cui dispongono le amministrazioni aggiudicatrici e, pertanto, *le loro possibilità di formulare richieste* [28].

63. La Corte ha, inoltre, precisato che, anche nell'ambito di un sistema aperto (come quello previsto all'articolo 47, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 per quanto riguarda le capacità economiche e finanziarie dei candidati), la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici non era illimitata e che gli elementi scelti dovevano essere «oggettivamente idonei a fornire informazioni su tale capacità (...) senza tuttavia andare oltre quanto è ragionevolmente necessario a tal fine» [29].

64. Non può, a fortiori, essere altrimenti per i requisiti previsti nel sistema probatorio chiuso dell'articolo 48 della direttiva 2004/18. Orbene, imporre un'autentica di firma dell'acquirente privato che attesti la fornitura o la prestazione di un servizio da parte dell'operatore economico candidato all'appalto mi sembra che ecceda quanto necessario per provare la capacità tecnica dell'operatore interessato e che sia esageratamente formalista rispetto alla semplice dichiarazione dell'operatore economico, mezzo di prova subordinato autorizzato dall'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18.

65. Se l'amministrazione aggiudicatrice dubita della veridicità del documento sottopostole, essa può anche, a mio avviso, chiedere informazioni complementari idonee a dimostrare l'autenticità dell'attestazione fornita. Infatti, nell'ambito dell'analisi contestuale, non si deve dimenticare che l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18 autorizza l'esclusione dall'appalto dell'operatore che si sia «reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste».

66. In secondo luogo, anche l'evoluzione della normativa applicabile è favorevole a un'interpretazione non formalista dell'attestazione richiesta.

67. L'idea sottesa all'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 era già presente nella direttiva 92/50, ma con una formulazione leggermente diversa. Infatti, ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 2, lettera b), secondo trattino, della direttiva 92/50, la prestazione fatta valere dall'operatore economico al fine di provare la propria capacità tecnica andava «certificata *dall'acquirente*» [30].

27 — Secondo il dizionario *Le Petit Robert* (2014), la «certification» è, in primo luogo, un termine giuridico che significa «assicurazione fornita per iscritto». Nella lingua spagnola, secondo il dizionario on-line della Real Academia Española, il termine «certificado» rinvia al termine «certificación», che può essere definito come un documento nel quale è assicurata la veridicità di un fatto.

28 — V., in tal senso, sentenza Édukövízig e Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, punto 28).

29 — Sentenza Édukövízig e Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, punto 29).

30 — Il corsivo è mio.

68. Se l'idea di «certificazione» si rinviene nel verbo «certificare», l'assenza di qualsiasi intervento di un terzo istituzionale emergeva, invece, con maggiore chiarezza, poiché l'accento era chiaramente posto su un'azione dell'acquirente, la prestazione dovendo essere certificata *da* quest'ultimo.

69. Inoltre, si può altresì osservare che la versione in lingua portoghese della direttiva 92/50 impiegava già il termine «declaração» per le due ipotesi probatorie, ma senza associarlo ad alcun aggettivo nella prima fattispecie.

70. Orbene, il testo dell'articolo 32, paragrafo 2, della direttiva 92/50, inizialmente, non aveva subito alcuna modifica nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori [COM (2000) 275 def.] [31] che ha condotto all'articolo 48, paragrafo 2, della direttiva 2004/18.

71. Soltanto dopo l'integrazione degli emendamenti del Parlamento europeo relativi, da un lato, alle partecipazioni degli operatori economici in gruppi e, dall'altro, alle preoccupazioni connesse all'ambiente e alla salute e alla sicurezza dei lavoratori, l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 fu redatto nella sua formulazione attuale [32].

72. Non si può dunque utilizzare l'argomento dalla modifica del testo della disposizione controversa, giacché le considerazioni che hanno condotto a tale cambiamento esulano da qualsiasi volontà del legislatore di aumentare il formalismo probatorio associato all'attestazione, da parte dell'acquirente, delle prestazioni di servizi effettuate dall'operatore economico.

73. Al contrario, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 [33], va addirittura oltre nel senso di una diminuzione del formalismo probatorio sopprimendo ogni riferimento a qualsiasi attestazione dall'acquirente.

74. Ormai l'articolo 60, paragrafo 4, di tale direttiva – che sostituisce l'articolo 48, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 – prevede semplicemente che «le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate con uno o più mezzi di cui all'allegato XII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi».

75. Orbene, secondo tale allegato XII, parte II, lettera a), ii), della direttiva 2014/24, i mezzi per provare le capacità tecniche degli operatori economici sono «un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima». La necessità che tale elenco sia accompagnato da una attestazione dall'acquirente è dunque venuta meno.

76. La nuova direttiva 2014/24, che abroga la direttiva 2004/18, anche se non è applicabile alla causa di cui al procedimento principale, è utile in quanto testimonia l'attuale volontà del legislatore dell'Unione. Essa può dunque aiutarci ad attribuire il significato attuale a una disposizione simile anteriore, a condizione, tuttavia, di non andare contra legem.

77. Nel caso di specie, mi sembra che la direttiva 92/50 e la direttiva 2014/24, senza contraddire il dettato della disposizione applicabile, confermino la continuata volontà del legislatore dell'Unione di non sottoporre la prova della capacità tecnica dell'operatore economico a un formalismo particolare.

31 — GU 2001, C 29 E, pag. 11.V. articolo 49, paragrafo 3 della suddetta proposta di direttiva.

32 — V. proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori [COM (2002) 236 def., GU 2002,C 203 E, pag. 210, in particolare pag. 223 e 224].

33 — GU L 94, pag. 65.

78. In altri termini, inserito nel suo contesto e in una prospettiva storica, l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 esige unicamente l'assicurazione o la conferma, da parte dell'acquirente, che la prestazione di servizi fatta valere dall'operatore economico allo scopo di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto sia conforme alla realtà.

3. L'interpretazione teleologica dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18

79. Una interpretazione del genere è altresì conforme allo scopo della direttiva 2004/18, che è di agevolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nonché, in generale, l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza [34].

80. Orbene, mi sembra che il fatto di subordinare l'accettazione di un'attestazione dall'acquirente alla sua autenticazione da parte di un notaio, avvocato o altro soggetto competente possa essere contrario a tale obiettivo.

81. Un requisito del genere sarebbe, infatti, di natura tale da dissuadere alcuni candidati potenziali che, di fronte alla difficoltà pratica (ad esempio a causa dei termini fissati dal disciplinare di gara) di soddisfare detto requisito supplementare, rinuncerebbero a presentare un'offerta.

4. Conclusione sulla terza questione pregiudiziale

82. In conclusione, ritengo che l'interpretazione contestuale e l'interpretazione teleologica dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 confermino il significato comune del termine «attestazione» ivi contenuto e che non vi sia ragione di trarre conseguenze particolari dall'aggiunta del termine «reconhecida» nella versione in lingua portoghese.

83. Il contesto nel quale si colloca l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 e la sua evoluzione, nonché la sua interpretazione teleologica, inducono ad adottare l'interpretazione secondo la quale il termine «attestazione» o i termini «dichiarazione autenticata» utilizzati nella versione in lingua portoghese non richiedono alcun particolare formalismo.

84. Pertanto, ritengo che l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18, osti all'applicazione di regole, stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, le quali impongono, a pena di esclusione, che la dichiarazione dell'acquirente privato contenga l'autentica di firma da parte di un notaio, avvocato o altro soggetto competente.

VI – **Conclusione**

85. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sottoposte dal Tribunal Central Administrativo Sul (Tribunale amministrativo centrale Sud) nel modo seguente:

«1) L'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, 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, deve essere interpretato nel senso che, in assenza di recepimento nel diritto interno, esso può conferire ai privati diritti che gli

34 — V. considerando 2 della direttiva 2004/18.

stessi potrebbero far valere dinanzi alle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di controversie instaurate dinanzi ai giudici nazionali, a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice in questione risponda alla nozione di Stato ai sensi della giurisprudenza della Corte.

2) L'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 non osta all'applicazione di regole, stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, che consentano all'operatore economico di dar prova delle proprie capacità tecniche mediante una dichiarazione firmata dallo stesso operatore economico, solo se quest'ultimo fornisce la prova dell'impossibilità e della seria difficoltà di ottenere un'attestazione da parte dell'acquirente privato.

3) L'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), ii), secondo trattino, della direttiva 2004/18 osta all'applicazione di regole, stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, le quali impongono, a pena di esclusione, che l'attestazione dell'acquirente privato contenga l'autentica di firma da parte di un notaio, avvocato o altro soggetto competente».