Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ELEANOR SHARPSTON
presentate il 1° dicembre 2016 [1]

Causa C-298/15

UAB «Borta»

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania)]

«Appalti pubblici — Criteri di selezione qualitativa — Requisito che l'aggiudicatario della gara realizzi in proprio l'"opera principale" — Dimostrazione di capacità professionale — Offerta presentata da un gruppo di operatori — Requisito che il contributo di ciascun partner sia proporzionato al suo contributo nella dimostrazione della capacità professionale — Procedura di aggiudicazione dell'appalto — Modifica del capitolato d'oneri durante la procedura — Principi di parità di trattamento e di trasparenza»

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame, proposta dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania), riguarda un capitolato d'oneri per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici per la costruzione di una banchina nel porto di Klaipėda (Lituania). Il capitolato in questione contiene disposizioni che disciplinano le offerte presentate da operatori partner in attività congiunte. Dette disposizioni richiedono che ciascun partner esegua una parte del contratto pari al proprio contributo nella dimostrazione dell'esperienza professionale del partenariato, al livello dell'*aggiudicazione* del contratto pubblico. Il giudice del rinvio dubita che tale requisito sia compatibile con le regole sul cumulo delle capacità professionali ai sensi della normativa dell'Unione sugli appalti pubblici. Poiché il capitolato controverso è stato reso noto soltanto alcune settimane dopo la pubblicazione del bando di gara d'appalto, il giudice del rinvio chiede anche indicazioni riguardo a se (e, in caso di risposta affermativa, in quali circostanze) le amministrazioni aggiudicatrici possano modificare i capitolati d'appalto nel corso del procedimento di aggiudicazione dell'appalto. Esso solleva inoltre di propria iniziativa la questione se la normativa dell'Unione in materia di contratti pubblici osti a una norma del diritto lituano che impedisca il subappalto dell'«opera principale» nel contesto di appalti di lavori pubblici.

2. Si presenta una prima difficoltà in relazione alla competenza della Corte a rispondere a tali questioni. Il giudice del rinvio esprime le proprie perplessità nel contesto della direttiva 2004/17/CE [2]. Tuttavia, è pacifico che il valore stimato dell'appalto pubblico in questione non raggiunge la soglia pertinente e che pertanto la citata direttiva non è applicabile nel procedimento principale. Ci si deve chiedere se la legge lituana abbia reso tale direttiva direttamente e incondizionatamente applicabile all'appalto. In caso di risposta affermativa, secondo una giurisprudenza costante, la Corte è competente a interpretare le pertinenti disposizioni di tale direttiva. Altrimenti, nel caso in cui

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1). La versione rilevante di tale direttiva è quella modificata da ultimo dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013 (GU 2013, L 335, pag. 17).

l'appalto in questione presenti un chiaro interesse transfrontaliero, la sua aggiudicazione sarà soggetta alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE (in particolare ai principi della libera circolazione di cui agli articoli 49 e 56 TFUE) e pertanto è compito della Corte fornire indicazioni utili al giudice del rinvio su tali basi.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. Il considerando 9 della direttiva 2004/17 dichiara:

«Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall'articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di proporzionalità, nonché il principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest'ultimo, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità.

(…)».

4. Il considerando 43 di detta direttiva stabilisce che, per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, è necessario prevedere disposizioni in materia di subappalto.

5. L'articolo 10 stabilisce che «[g]li enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

6. L'articolo 11, paragrafo 2, così recita:

«I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione gli enti aggiudicatori non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, qualora la trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto».

7. L'articolo 37 («Subappalto») stabilisce quanto segue:

«Nel capitolato d'oneri l'ente aggiudicatore può chiedere o può essere obbligato da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'operatore economico principale».

8. Ai sensi dell'articolo 38 («Condizioni di esecuzione dell'appalto»):

«Gli enti aggiudicatori possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto [dell'Unione] e siano precisate nell'avviso con cui si indice la gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali».

9. L'articolo 53 («Sistemi di qualificazione») prevede in particolare:

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

(…)

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

Esso è gestito in base a criteri e norme di qualificazione oggettivi, definiti dall'ente aggiudicatore.

(…)

5. Se i criteri e le norme di qualificazione di cui al paragrafo 2 comportano requisiti sulle capacità tecniche e/o professionali dell'operatore economico, questi può far valere, se necessario, le capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. In tal caso, egli deve provare all'ente aggiudicatore di disporre di tali mezzi per tutto il periodo di validità del sistema di qualificazione esibendo, ad esempio, l'impegno di tali soggetti a mettergli a disposizione i mezzi necessari.

Alle stesse condizioni, un gruppo di operatori economici di cui all'articolo 11 può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo o di altri soggetti.

(…)».

Diritto lituano

10. L'articolo 2, paragrafo 29, del Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (legge della Repubblica di Lituania in materia di appalti pubblici; in prosieguo: la «legge sugli appalti pubblici») definisce come fornitore, in termini generali, un operatore economico, che sia una persona fisica, una persona giuridica di diritto privato o pubblico, o altra organizzazione o succursale, o un raggruppamento di detti operatori, che offre o è in grado di offrire beni, servizi o lavori.

11. Ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici, nel fornire la documentazione di gara, il candidato o l'offerente deve indicare, nell'offerta, eventuali subappaltatori proposti e gli può essere richiesto di specificare la quota di riparto delle prestazioni che si intende affidare loro in subappalto. Tuttavia, nel caso in cui i subappaltatori siano invitati ad eseguire un appalto di lavori, l'opera principale, come descritta dall'amministrazione aggiudicatrice, deve essere realizzata dal fornitore.

12. L'articolo 27, paragrafo 4, della legge sugli appalti pubblici prevede che in qualsiasi momento, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice può, di sua iniziativa, fornire chiarimenti in ordine ai documenti di gara.

13. L'articolo 32, paragrafo 3, della legge sugli appalti pubblici stabilisce che, ove risulti necessario nell'ambito di una procedura di aggiudicazione specifica, un fornitore può avvalersi delle capacità di altri operatori economici, a prescindere dalla natura del rapporto giuridico con questi ultimi. In tal caso, il fornitore deve provare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà di tali risorse per l'esecuzione dell'appalto. Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici può avvalersi delle capacità di altri membri del gruppo o di altri operatori economici.

Antecedenti di fatto, procedimento e questioni oggetto di rinvio

14. Il 2 aprile 2014 l'impresa statale lituana VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Autorità statale per il porto marittimo di Klaipėda; in prosieguo: l'«Autorità Portuale») pubblicava un bando di gara d'appalto mediante procedura aperta avente ad oggetto «Lavori di costruzione relativi alla "Ricostruzione delle banchine n. 67 e n. 68. Prima fase"». Tale bando di gara veniva pubblicato anche nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 5 aprile 2014 [3].

15. Il punto 3.2.1 del capitolato d'oneri includeva i seguenti requisiti: «Il volume annuale medio di lavoro relativo all'opera di costruzione e di installazione principale (costruzione o ricostruzione della banchina del porto marittimo) negli ultimi cinque anni o, nel caso in cui il fornitore operi da meno di cinque anni, il volume del lavoro svolto in tale settore nel periodo di attività a partire dalla data di registrazione del fornitore, deve corrispondere ad un valore minimo di LTL 5 000 000 (pari a EUR 1 448 100,09), al netto dell'IVA».

16. Il punto 4.2.3 del capitolato d'oneri prevedeva che in ciascuna offerta era necessario «specificare gli impegni assunti dai partner che operano nell'ambito di un accordo per lo svolgimento di attività congiunte in relazione all'esecuzione dell'appalto, indicando altresì la quota degli impegni assunti espressa in percentuale, con la specifica che siffatta ripartizione del volume dei lavori si applica unicamente ai partner dell'accordo senza creare obblighi a carico del committente (amministrazione aggiudicatrice)».

17. La versione originale del punto 4.3 del capitolato d'oneri prevedeva quanto segue:

«Qualora l'offerta sia presentata da fornitori che hanno stipulato un accordo per lo svolgimento di attività in partenariato, i requisiti indicati a[l] punt[o 3.2.1] del presente capitolato d'oneri devono essere soddisfatti da almeno uno dei partner impegnati nello svolgimento delle attività congiunte o dai partner che operano nel quadro dell'accordo considerati unitamente. (…) A norma dell'articolo 24, paragrafo 5, della [legge sugli appalti pubblici], l'[Autorità Portuale] dichiara che l'opera principale è descritta alla voce 1.2.8 della sezione Costruzioni della distinta delle prestazioni e dei corrispettivi e pertanto tale prestazione deve essere realizzata dal fornitore stesso» [4].

18. Il 24 aprile 2014 l'Autorità Portuale modificava una prima volta il punto 4.3 del capitolato d'oneri. La nuova versione, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, prevedeva, in particolare, che, qualora l'offerta fosse stata presentata da fornitori che hanno stipulato un accordo per lo svolgimento in partenariato di attività congiunte, ciascuno dei partner impegnati nello svolgimento delle attività congiunte doveva soddisfare almeno il 50% dei requisiti indicati al punto 3.2.1. In conseguenza a tale modifica, l'Autorità Portuale prorogava la scadenza per la presentazione delle offerte.

3 — GU 2014/S 68-117458.

4 — Il giudice del rinvio spiega che tale opera principale consiste, fra l'altro, nella costruzione di un muro di profilati di acciaio sostenuto da travi di fondazione.

19. Il 3 maggio 2014, la UAB Borta, una società a responsabilità limitata di diritto lituano, contestava tale nuova formulazione dinanzi all'Autorità Portuale. In esito a ciò, con decisione del 9 maggio 2014, l'Autorità Portuale modificava per la seconda volta il punto 4.3 del capitolato d'oneri [5]. La nuova (e definitiva) versione di tale punto prevedeva quanto segue:

«Qualora l'offerta sia presentata da fornitori che hanno stipulato un accordo per lo svolgimento di attività in partenariato, i requisiti indicati a[l] punt[o 3.2.1] (…) devono essere soddisfatti da almeno uno dei partner impegnati nello svolgimento delle attività congiunte o dai partner che operano nel quadro dell'accordo considerati unitamente. Il contributo di ciascun partner (volume delle opere realizzate) in forza dell'applicazione dell'accordo deve essere proporzionale al contributo dell'operatore interessato all'adempimento della condizione specificata al punto 3.2.1 (…) e al volume di lavoro che verrà effettivamente svolto dall'operatore stesso nel caso in cui la sua offerta venga selezionata (esecuzione del contratto) [6]. (…) A norma dell'articolo 24, paragrafo 5, della [legge sugli appalti pubblici], l'[Autorità Portuale] dichiara che l'opera principale è descritta alla voce 1.2.8 della sezione Costruzioni della distinta delle prestazioni e dei corrispettivi e pertanto tale prestazione deve essere realizzata dal fornitore stesso».

20. In conseguenza a tale ultima modifica, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, la scadenza per la presentazione delle offerte veniva prorogata per la seconda volta e stabilita al 12 giugno 2014.

21. Il 12 giugno 2014 la Borta presentava un'offerta, rivelatasi la più costosa, tramite la quale proponeva di eseguire le opere di cui trattasi per un importo in LTL pari a circa EUR 4 761 460 [7].

22. La Borta contestava tuttavia la versione definitiva del punto 4.3 del capitolato d'oneri dinanzi all'Autorità Portuale e, in seguito al rigetto di tale contestazione, dinanzi al Klaipėdos apygardos teismas (Tribunale regionale di Klaipėda). Il Tribunale regionale di Klaipėda respingeva il ricorso il 18 agosto 2014. La Borta presentava appello avverso tale decisione dinanzi al Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania), che lo respingeva il 13 novembre 2014. Entrambi i giudici hanno ritenuto in sostanza che il capitolato d'oneri controverso fosse giustificato dalla natura dell'oggetto dell'appalto e dalla sua rilevanza per l'interesse pubblico e che la responsabilità solidale dei membri di un accordo operativo comune nei confronti dell'Autorità Portuale non fosse di per sé sufficiente ad assicurare la corretta esecuzione dell'appalto pubblico. Detti giudici hanno anche respinto la conclusione secondo cui le successive modifiche del capitolato d'oneri erano illegittime, in quanto l'articolo 27, paragrafo 4, della legge sugli appalti pubblici conferiva espressamente all'Autorità Portuale il diritto di chiarire tale capitolato.

23. La Borta ha impugnato in punto di diritto la sentenza del Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania) dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte Suprema della Lituania), che ha sospeso il procedimento e ha chiesto una pronuncia pregiudiziale sulle seguenti questioni:

«1) Se le disposizioni degli articoli 37, 38, 53 e 54 della direttiva 2004/17, lette in combinato disposto tra loro o separatamente (ma non limitandosi ad esse), debbano essere comprese e interpretate nel senso che:

   a) ostano ad una normativa nazionale in forza della quale, nel caso in cui alcuni subappaltatori siano invitati ad eseguire un appalto di lavori, l'opera principale, come definita dall'amministrazione aggiudicatrice, deve essere eseguita dall'aggiudicatario;

5 — Allo stesso tempo, l'amministrazione aggiudicatrice riformulava con lievi modifiche di propria iniziativa il punto 4.2.3 del capitolato d'oneri. Tale modifica al capitolato d'oneri non è tuttavia oggetto del procedimento principale.

6 — Farò riferimento a quest'ultimo requisito come al «requisito di corrispondenza». Il «volume di lavoro» è presumibilmente misurato in termini economici.

7 — L'offerta dell'aggiudicatario era pari all'equivalente in LTL di circa EUR 3 168 400.

b) ostano ad un sistema, stabilito dalla documentazione di gara, che prevede il cumulo delle capacità professionali dei fornitori, come specificato dall'amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d'oneri controverso, in base al quale la quota corrispondente alla capacità professionale dell'operatore economico interessato (un partner [di un accordo di associazione]) deve coincidere con la parte specifica dei lavori che tale operatore dovrà eseguire in forza dell'appalto pubblico.

2) Se le disposizioni degli articoli 10, 46 e 47 della direttiva 2004/17, lette in combinato disposto tra loro o separatamente (ma non limitandosi a tali disposizioni), debbano essere comprese e interpretate nel senso che:

a) non comportano una violazione dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza qualora l'amministrazione aggiudicatrice:

— preveda in via preliminare, nei documenti di gara, la possibilità generale di cumulare le capacità professionali dei fornitori, senza tuttavia stabilire un meccanismo per l'attuazione di tale misura;

— in un momento successivo, quando la procedura di appalto pubblico è in corso, definisca con maggiore precisione i criteri di valutazione delle qualifiche dei fornitori, stabilendo alcune restrizioni al cumulo delle capacità professionali di questi ultimi;

— in virtù di tale definizione più precisa del contenuto dei requisiti di qualificazione, proroghi il termine per la presentazione delle offerte e pubblichi il nuovo termine nella Gazzetta ufficiale [dell'Unione europea];

b) una restrizione al cumulo delle capacità professionali non dev'essere chiaramente indicata ex ante, nel caso in cui la natura specifica delle attività svolte dall'amministrazione aggiudicatrice e le peculiari caratteristiche dell'appalto pubblico rendano prevedibile e giustificata tale restrizione».

24. L'Autorità Portuale, il governo della Lituania e la Commissione europea hanno depositato osservazioni scritte. Le suddette parti e la Borta sono state sentite all'udienza del 1º giugno 2016.

Valutazione

Osservazioni preliminari

25. Il governo della Lituania ha dichiarato in udienza che l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici aveva recepito le nuove norme sul subappalto di cui all'articolo 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25/UE [8] prima che fosse scaduto il periodo prescritto per il recepimento di tale direttiva, e che, di conseguenza, la Corte dovrebbe esaminare il presente rinvio soltanto dal punto di vista di tale direttiva [9]. L'Autorità Portuale ha sostenuto una posizione analoga. La Commissione ha dedotto, in

8 — 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). Ai sensi di tale disposizione, «[n]el caso di appalti di lavori, di contratti di prestazione di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un contratto di fornitura, gli enti aggiudicatori possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 37, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento». Una norma simile è prevista all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

9 — Dalle osservazioni scritte del governo della Lituania sembra che, nel periodo di cui trattasi, la direttiva 2014/25 non fosse ancora stata recepita per intero nell'ordinamento lituano.

senso contrario, che la direttiva 2014/25 non può essere presa in considerazione. In primo luogo, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici era stato approvato prima dell'adozione di tale direttiva. In secondo luogo, la Lituania non aveva notificato alla Commissione le misure di recepimento della direttiva 2014/25 nel diritto lituano.

26. Secondo una giurisprudenza costante, tuttavia, la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Sono, al contrario, *inapplicabili* le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data [10].

27. La direttiva 2014/25 ha abrogato la direttiva 2004/17 con effetto dal 18 aprile 2016. Pertanto essa non è applicabile al procedimento principale, nel contesto del quale la gara d'appalto è stata bandita il 2 aprile 2014. Come la Corte ha recentemente statuito in relazione alla direttiva 2014/24, applicare tale direttiva prima dello scadere del suo termine di recepimento impedirebbe agli Stati membri, così come alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici, di beneficiare di un termine sufficiente per adeguarsi alle nuove disposizioni introdotte da detta direttiva [11]. A mio parere, ciò sarebbe anche contrario al principio di certezza del diritto [12]. Lo stesso ragionamento può applicarsi per analogia alla direttiva 2014/25.

28. Inoltre, è pacifico che il valore dell'appalto di cui trattasi (che può valutarsi presuntivamente facendo riferimento all'offerta più costosa presentata, vale a dire all'equivalente in LTL di EUR 4 761 459,72) è inferiore alla soglia di EUR 5 186 000 prevista per gli appalti di lavori, applicabile pro tempore, dall'articolo 16, lettera b), della direttiva 2004/17. Come rileva il giudice del rinvio, l'appalto pubblico in questione non rientra pertanto nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17.

29. Il giudice del rinvio conclude comunque che la Corte è competente a rispondere alle questioni pregiudiziali. In primo luogo, l'Autorità Portuale ha chiaramente inteso considerare la gara d'appalto come avente un ambito internazionale, pubblicando la stessa e le successive modifiche al capitolato d'oneri nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Ciò è confermato dal fatto che hanno presentato offerte due società non lituane. Il giudice del rinvio rileva anche in sostanza che il legislatore lituano, quando ha recepito la direttiva 2004/17 nella legge sugli appalti pubblici, ha deciso di applicare determinate norme contenute in detta direttiva alle procedure di gara che non rientravano nell'ambito di applicazione della direttiva.

30. In udienza, il governo della Lituania ha aggiunto che il diritto lituano prevede che le amministrazioni aggiudicatrici debbano scegliere la procedura applicabile quando organizzano una procedura di aggiudicazione di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia applicabile. Esse possono decidere di applicare la procedura semplificata prevista dal diritto interno per tali appalti o la procedura applicabile agli appalti pubblici superiori alla relativa soglia. In quest'ultimo caso, e applicando la normativa dell'Unione in vigore pro tempore, sarebbero divenute vincolanti per l'amministrazione aggiudicatrice, a seconda dell'oggetto dell'appalto pubblico, le disposizioni della direttiva 2004/17 o della direttiva 2004/18/CE [13],. Anche i giudici nazionali sarebbero stati tenuti ad applicare tali normative.

10 — Sentenze del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 31 e giurisprudenza ivi citata, e del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 83.

11 — Sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 86.

12 — V., per analogia, sentenza del 15 ottobre 2009, Hochtief e Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, punto 29 e giurisprudenza ivi citata. V. anche sentenza del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, punto 40.

13 — Direttiva 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).

31. In determinate condizioni, il carattere puramente interno di una situazione in oggetto non osta a che la Corte risponda a una questione posta ai sensi dell'articolo 267 TFUE [14]. Ciò avviene, in particolare, quando il diritto nazionale impone al giudice del rinvio di far beneficiare un cittadino dello Stato membro, cui tale giudice appartiene, degli stessi diritti concessi a un cittadino di un altro Stato membro in virtù del diritto dell'Unione nella stessa situazione, oppure se la domanda di pronuncia pregiudiziale verte su disposizioni di diritto dell'Unione alle quali il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia per stabilire le regole applicabili a una situazione puramente interna a tale Stato [15].

32. In relazione alla situazione descritta per ultima, la competenza della Corte si estende alle questioni pregiudiziali aventi ad oggetto disposizioni del diritto dell'Unione, in situazioni in cui i fatti oggetto del procedimento principale non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma quando tali disposizioni sono state rese applicabili dal diritto nazionale in modo *diretto* e *incondizionato*, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni interne e a quelle rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione [16]. Infatti, sussiste un sicuro interesse dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni estranee all'ambito di applicazione dell'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da quest'ultimo atto, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, a prescindere dalle condizioni in presenza delle quali si chiede l'applicazione delle disposizioni o delle nozioni riprese dal diritto dell'Unione [17].

33. Nel caso in esame, tuttavia, non ci sono indicazioni sufficientemente precise nel senso che le citate disposizioni di diritto dell'Unione sarebbero state «rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato», al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione [18]. In particolare, né il giudice del rinvio né il governo della Lituania hanno individuato ad ausilio della Corte alcuna specifica disposizione di legge lituana che abbia reso la direttiva 2004/17 applicabile in modo diretto e incondizionato agli appalti pubblici di valore inferiore alla soglia rilevante di cui all'articolo 16 della direttiva citata [19]. Ne concludo pertanto che la Corte non è competente a interpretare la direttiva 2004/17 nel contesto del presente procedimento.

34. Con le questioni oggetto del rinvio è chiesta l'interpretazione della sola direttiva 2004/17. Tuttavia, per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione [20].

35. È pertanto necessario accertare se la Corte sia competente a rispondere alle questioni oggetto del rinvio sulla base dei principi generali del TFUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Ciò presuppone, secondo una giurisprudenza consolidata, che l'appalto in questione presenti un interesse

14 — V., inter alia, ordinanza del 3 luglio 2014, Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, punto 38.

15 — V., inter alia, ordinanze del 3 luglio 2014, Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, punto 39 e giurisprudenza ivi citata, e del 12 maggio 2016, Security Service e a., da C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344, punto 27.

16 — Sentenze del 22 dicembre 2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, punto 21 e giurisprudenza ivi citata, e del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 23.

17 — Sentenza del 7 novembre 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punto 22 e giurisprudenza ivi citata.

18 — V., inter alia, sentenza del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punto 51. Nella sentenza del 14 gennaio 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punti da 19 a 21), la Corte ha convenuto di interpretare la direttiva 2004/18 tenendo conto, in particolare, delle osservazioni del governo lettone secondo cui la legge lettone sugli appalti pubblici di lavori era applicabile ad appalti pubblici di lavori di importo inferiore alla soglia prevista dalla direttiva 2004/18. La Corte, tuttavia, ha ritenuto la propria competenza a rispondere alla questione oggetto di rinvio «fatte salve le verifiche che incombono al giudice del rinvio. (…)».

19 — V., per analogia, sentenza del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 25.

20 — V., inter alia, sentenze del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 24 e giurisprudenza ivi citata, e del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 17 e giurisprudenza ivi citata.

transfrontaliero certo, tenuto conto, in particolare, della sua importanza e del luogo della sua esecuzione [21]. L'esistenza di tale interesse transfrontaliero deve essere valutata sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione [22].

36. La Corte ha già dichiarato che l'esistenza di un interesse transfrontaliero potrebbe essere dimostrata, segnatamente, dall'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, dalle caratteristiche tecniche dell'appalto [23]. Così, un appalto di lavori potrebbe presentare tale interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri [24].

37. La Corte lascerà in certi casi al giudice nazionale la verifica della presenza di un interesse transfrontaliero [25]. Nel caso in esame, tuttavia, vi sono elementi sufficienti a disposizione della Corte per concludere che l'appalto pubblico di cui trattasi presenta in effetti un tale interesse transfrontaliero. In primo luogo, l'appalto ha un valore stimato rilevante [26]. Inoltre, il porto marittimo di Klaipėda è uno dei più grandi porti del Mar Baltico. La costruzione di una banchina nel porto come quella prevista dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione richiede inoltre elevate capacità tecniche, di cui può essere ritenuto dotato solo un numero limitato di imprese. Infine, l'attrattività dell'appalto pubblico di cui trattasi per gli operatori stranieri è confermata dal fatto che due imprese non lituane hanno presentato offerte [27], una delle quali si è alla fine aggiudicata l'appalto.

38. Le questioni oggetto di rinvio devono pertanto essere esaminate sullo sfondo dei principi generali di trasparenza e di parità di trattamento derivanti dagli articoli 49 e 56 del TFUE, che devono essere rispettati in occasione dell'aggiudicazione di appalti pubblici [28]. Poiché gli articoli 49 e 56 del TFUE si applicano ad appalti come quello oggetto del procedimento principale, l'Autorità Portuale deve rispettare il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza previsti da tali articoli [29].

21 — V., inter alia, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817, punto 23; del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 24; e del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 27.

22 — V., più di recente, sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a., C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 66 e giurisprudenza ivi citata. V. altresì le mie conclusioni nella causa Commissione/Finlandia, C-195/04, EU:C:2007:28, paragrafo 55.

23 — Sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20.

24 — V. sentenze del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 24, e del 17 novembre 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, punto 51.

25 — V., inter alia, sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 25, e del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 30 e giurisprudenza ivi citata.

26 — V., per analogia, sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20.

27 — V. sentenze del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 24, e del 17 novembre 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, punto 51.

28 — V., inter alia, sentenze del 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda, C-507/03, EU:C:2007:676, punto 26, e del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 27. La Corte ha dichiarato in varie occasioni che l'obiettivo del coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a livello di Unione è proprio quello di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro (v., ad esempio, sentenze del 3 ottobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punto 16; del 18 ottobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punto 32; e del 24 gennaio 2008, Lianakis e a., C-532/06, EU:C:2008:40, punto 39).

29 — V., per analogia, sentenza del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

La limitazione al subappalto di cui all'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici [punto a) della prima questione]

39. Con il punto a) della prima questione, il giudice del rinvio chiede se il diritto dell'Unione osti a una norma quale l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici, che richiede che, nel caso di appalti pubblici di lavori, sia lo stesso offerente a realizzare l'«opera principale», come precisata dall'amministrazione aggiudicatrice.

40. Nella propria impugnazione in punto di diritto dinanzi al giudice del rinvio, la Borta non ha contestato la legittimità di tale limitazione al subappalto. Detto giudice ha sollevato la questione «di propria iniziativa» nell'interesse generale. In effetti, non è immediatamente chiaro se i fatti di cui al procedimento principale comprendano il subappalto. Un'offerta presentata in base a un accordo di partenariato può comportare che, nel caso in cui l'offerta risulti vincitrice, tutti i partner diventano singole parti del contratto pubblico di appalto con l'amministrazione aggiudicatrice. Una tale fattispecie non integra il subappalto, che si verifica soltanto quando l'appalto (in tutto o in parte) è eseguito da terzi che non sono parti del contratto [30]. Diversamente, un accordo di partenariato integrerebbe il subappalto qualora solo uno dei partner operasse formalmente come offerente ma tutti i partner eseguissero l'appalto o se gli stessi costituissero una società in joint-venture, che diventerebbe la sottoscrittrice dell'appalto al posto dei partner. Sono disponibili solo informazioni limitate riguardo all'offerta che la Borta ha presentato e non spetta alla Corte accertare se tale offerta comprendesse effettivamente o potenzialmente un subappalto.

41. Secondo una giurisprudenza consolidata, la Corte non può statuire su una questione posta da un giudice nazionale laddove appaia in modo manifesto che l'interpretazione o la valutazione della validità di una norma dell'Unione, chieste dal giudice nazionale, non ha alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della controversia nella causa principale [31]. Tuttavia non è questo il caso. Il punto 4.3 del capitolato d'oneri, che è al centro della controversia nel procedimento principale, reca un espresso riferimento all'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici. In tale contesto, non sembra che il punto a) della prima questione sia manifestamente privo di relazione con l'effettiva natura o con l'oggetto dell'azione, e tale questione è pertanto ricevibile [32].

42. Passo ora all'esame del merito.

43. Secondo costante giurisprudenza, gli articoli 49 e 56 TFUE ostano a ogni misura nazionale che, ancorché applicabile senza discriminazione relativa alla nazionalità, sia in grado di vietare, di ostacolare o di rendere meno attraente l'esercizio, da parte di cittadini dell'Unione, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi garantita da dette disposizioni del Trattato [33].

30 — V., con riferimento a tale distinzione, conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2015:558, paragrafo 22.

31 — V., inter alia, sentenza del 12 maggio 2011, Runevič-Vardyn e Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, punto 33.

32 — V., per analogia, sentenza del 12 maggio 2011, Runevič-Vardyn e Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, punto 34.

33 — Sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 41, e del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 28 e giurisprudenza ivi citata.

44. Per quanto riguarda gli appalti pubblici, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, è interesse dell'Unione europea che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto, anche quando non sono applicabili direttive sugli appalti pubblici [34]. È nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai propri bisogni [35]. Una delle funzioni principali del principio della parità di trattamento degli offerenti e del correlativo obbligo di trasparenza è quindi di garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri [36].

45. Il subappalto contribuisce al raggiungimento dei predetti obiettivi in quanto verosimilmente incoraggia le piccole e medie imprese a partecipare al mercato delle gare d'appalto pubbliche e pertanto ad aumentare il numero di potenziali candidati all'aggiudicazione di contratti pubblici [37].

46. Nella presente causa, una disposizione come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici limita chiaramente la possibilità che le imprese costituite in altri Stati membri possano esercitare i propri diritti previsti dagli articoli 49 e 56 TFUE, in quanto essa impedisce loro, se si candidano per l'appalto, sia di subappaltare in tutto o in parte «l'opera principale» come definita dall'amministrazione aggiudicatrice, sia di proporre i propri servizi come subappaltanti in relazione a quella parte dell'appalto. Come deduce correttamente la Commissione, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici limita pertanto la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento.

47. Tuttavia, una tale limitazione potrebbe essere giustificata in quanto persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e in quanto rispetti il principio di proporzionalità perché idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo [38].

48. Il governo della Lituania chiarisce che la limitazione al subappalto in questione era stata introdotta al fine di agevolare le amministrazioni aggiudicatrici a tutelare i loro interessi e a garantire che i lavori subappaltati siano eseguiti correttamente. La limitazione aveva in particolare l'obiettivo di affrontare la comune situazione in cui gli operatori economici partecipavano a procedure di gara con il proposito, in caso di aggiudicazione, di subappaltare la maggior parte del contratto. Il risultato era spesso la bassa qualità del lavoro o difficoltà nell'esecuzione. Il governo della Lituania deduce inoltre che l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici è conforme alle posizioni comuni raggiunte su questioni analoghe in seno al Consiglio, che hanno avuto come esito, in particolare, la norma adesso contenuta nell'articolo 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25 [39]. In udienza, l'Autorità Portuale ha affermato, in sostanza, di avere un interesse legittimo a garantire che lavori pubblici come quelli in questione nel procedimento principale, di importanza strategica per la sicurezza nazionale, fossero eseguiti correttamente.

34 — V. sentenze del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punto 37; del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 29, e dell'11 dicembre 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' e a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punto 51 e giurisprudenza ivi citata.

35 — Sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punto 37 e giurisprudenza ivi citata.

36 — Sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 28.

37 — V., per analogia, sentenze del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 34, e del 14 gennaio 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punto 24. V. anche le mie conclusioni nella causa Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, paragrafo 30.

38 — V., inter alia, sentenze del 27 ottobre 2005, Contse e a., C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, e del 10 luglio 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 31. V. anche, sul principio di proporzionalità applicato come principio generale del diritto dell'Unione nel contesto di procedure di aggiudicazione di appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17 o della direttiva 2004/18, sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 29.

39 — La direttiva 2004/17 non contiene alcuna norma paragonabile a tale disposizione.

49. Un'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente cercare di assicurare che un lavoro pubblico sia realizzato in modo efficace e correttamente [40]. Ciò vale in particolare nel caso in cui le opere in questione sono ritenute necessarie per salvaguardare la sicurezza nazionale, che, in base all'articolo 4, paragrafo 2, TUE è una delle funzioni essenziali dello Stato che l'Unione europea deve rispettare [41]. Pertanto, a un offerente può essere richiesto di fornire la prova di avere effettivamente a disposizione le risorse degli enti o delle imprese su cui fa affidamento che non detiene in proprio, e che sono necessarie per l'esecuzione dell'appalto [42]. Di conseguenza, l'amministrazione aggiudicatrice può vietare l'uso di subappaltatori le cui capacità non abbiano potuto essere verificate durante l'esame delle offerte e la selezione dell'appaltatore al fine dell'esecuzione di parti essenziali dell'appalto [43].

50. Tuttavia, la limitazione della libertà di prestazione di servizi e della libertà di stabilimento che l'24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici comporta, non sembra proporzionata all'obiettivo.

51. In primo luogo, tale limitazione si applica anche quando l'amministrazione aggiudicatrice è di fatto in grado di verificare la capacità tecnica ed economica dei subappaltatori nel corso della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Un'alternativa a tale limitazione sarebbe stata (ad esempio) richiedere all'appaltatore principale di dichiarare l'identità dei subappaltatori al momento della presentazione dell'offerta e di dimostrare che avrebbe avuto effettivamente a propria disposizione le risorse di detti subappaltatori necessarie all'esecuzione dell'appalto e che tali subappaltatori sarebbero stati idonei a realizzare i compiti che intendeva affidare loro.

52. In secondo luogo, l'articolo 24, paragrafo 5, è al contempo *troppo rigido* e *troppo vago* per superare il test di proporzionalità. Sebbene le amministrazioni aggiudicatrici sembrino godere di una certa flessibilità nel definire, per ciascun appalto, quale sia l'«opera principale», la limitazione al subappalto derivante da tale norma è definita in termini particolarmente ampi. Si applica a prescindere dall'oggetto dell'appalto pubblico di lavori ed è vincolante per le amministrazioni aggiudicatrici che stipulano qualsiasi genere di contratti di appalto pubblico di lavori, anche quando potrebbero ritenere che non ci sia alcuna ovvia ragione per imporre limitazioni di tal genere.

53. Come sostiene la Commissione, la limitazione al subappalto di cui all'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici differisce a tal proposito dall'articolo 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25. Detta norma semplicemente *consente* a un'amministrazione aggiudicatrice, in particolare, di richiedere che taluni compiti *essenziali* siano direttamente svolti dall'offerente stesso. Le amministrazioni aggiudicatrici possono così valutare se una siffatta limitazione sia opportuna, in base alle circostanze. Ne consegue che, anche se, come afferma il governo della Lituania, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici dovrebbe considerarsi come il recepimento dell'articolo 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25 nell'ordinamento lituano [44], tale recepimento sarebbe errato.

54. Per tali ragioni, ritengo che, nel contesto di un appalto pubblico non rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17 o della direttiva 2004/18, ma che presenta un chiaro interesse transfrontaliero, il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza derivanti dagli articoli 49 e 56 del TFUE ostano a una disposizione nazionale, come quella contenuta nell'articolo 24, paragrafo 5, della legge sugli appalti pubblici, ai sensi della quale l'offerente deve svolgere in proprio l'«opera principale», come individuata dall'amministrazione aggiudicatrice, escludendo la possibilità di subappaltare tale parte dell'appalto.

40 — V., per analogia, la sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 34 e giurisprudenza ivi citata. V. anche le mie conclusioni in detta causa, EU:C:2015:761, paragrafo 32 e giurisprudenza ivi citata.

41 — Se considerazioni di sicurezza nazionale possano essere tali da giustificare una limitazione ai principi previsti dai Trattati pertinenti nel presente procedimento, è una diversa questione, che non occorre affrontare in questa sede.

42 — V., per analogia, sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 37 e giurisprudenza ivi citata.

43 — V., per analogia, sentenze del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punto 45, e del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 34.

44 — V. paragrafo 25 *supra*.

Legittimità del punto 4.3 del capitolato d'oneri [punto b) della prima questione]

55. Il punto b) della prima questione pone il quesito se il diritto dell'Unione osti a capitolati d'oneri che richiedano che, qualora operatori partner propongano di cumulare le proprie capacità professionali presentando un'offerta comune, debba sussistere una corrispondenza aritmetica fra la porzione dell'appalto che ciascun partner nello svolgimento di un'attività congiunta realizza e il proprio contributo a soddisfare una condizione attinente all'esperienza professionale.

56. Nel procedimento dinanzi al giudice nazionale, il punto 4.3 del capitolato d'oneri riguarda l'aggiudicazione dell'appalto pubblico. Detto punto deve essere letto congiuntamente al punto 4.2.3 del capitolato d'oneri, che richiede che le offerte presentate da partner nello svolgimento di un'attività congiunta devono specificare gli impegni (opere o servizi) assunti da ciascuno di loro e la quota di tali impegni espressa in percentuale. L'amministrazione aggiudicatrice è così in grado di verificare, quando esamina le offerte e seleziona l'offerente aggiudicatario, che ciascun partner sarà responsabile di quella parte di opera o servizi corrispondente al suo contributo al requisito attinente all'esperienza professionale di cui al punto 3.2.1 del capitolato d'oneri.

57. I principi che ho esposto in precedenza in relazione al subappalto sono pertinenti anche per i partner nello svolgimento di un'attività congiunta che cumulano le proprie capacità [45].

58. A mio parere, un requisito come quello di cui al punto 4.3 del capitolato d'oneri è responsabile della limitazione della flessibilità dei partner nello svolgimento di un'attività congiunta. Non solo incide sui loro accordi di ripartizione delle responsabilità nel momento in cui presentano la loro offerta comune, ma impedisce loro anche di modificare il contributo di ciascun partner alle opere dell'appalto in una fase successiva in caso di aggiudicazione l'appalto.

59. Infatti, il requisito di cui al punto 4.3 del capitolato d'oneri può avere un effetto dissuasivo sugli operatori economici stabiliti in altri Stati membri. Esso influirà sugli operatori che intendano stabilirsi nello Stato membro interessato tramite la costituzione di un consorzio permanente, eventualmente costituito da società nazionali ed estere, ed influirà altresì sugli operatori che intendono offrire i propri servizi unendosi a consorzi di tal genere già costituiti, al fine di poter partecipare più facilmente a gare d'appalto pubbliche indette dalle amministrazioni aggiudicatrici di tale Stato membro [46]. Tale requisito del capitolato costituisce pertanto una restrizione ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE.

60. L'Autorità Portuale e il governo della Lituania sostengono, sostanzialmente, che il punto 4.3 del capitolato d'oneri è solo diretto a garantire che ciascun partner nello svolgimento di un'attività congiunta abbia la capacità professionale per eseguire la parte dell'appalto pubblico di lavori di cui sarà responsabile.

61. Ho già illustrato che lo scopo di garantire la corretta esecuzione di un appalto pubblico può giustificare una restrizione (non discriminatoria) alla libertà di prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento [47]. I partner operanti nel quadro di un accordo di attività congiunta potrebbero essere in grado di soddisfare *collettivamente* il requisito (o i requisiti) attinenti alla capacità professionale (compresa l'esperienza professionale) stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice quando presentano un'offerta. Ciò tuttavia non garantisce che a ciascun partner saranno poi affidati quei compiti specifici in relazione ai quali la sua capacità professionale è stata verificata prima dell'aggiudicazione di quell'appalto. Gli articoli 49 e 56 TFUE non impediscono quindi, in linea di principio, a un'amministrazione aggiudicatrice di richiedere che le offerte presentate ai sensi di accordi per lo

45 — V. paragrafi da 43 a 45, 47 e 49 delle presenti conclusioni.

46 — V., per analogia, sentenza del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 42.

47 — V. paragrafo 49 delle presenti conclusioni.

svolgimento di attività congiunte specifichino come i vari compiti saranno ripartiti fra i partner, di verificare la capacità di ciascun partner di realizzare i compiti di cui sarà responsabile e di vigilare affinché, dopo l'aggiudicazione del contratto, ciascun partner esegua debitamente i compiti in relazione ai quali è stata dimostrata la sua capacità professionale [48].

62. Tuttavia, il punto 4.3. del capitolato d'oneri in questione non è idoneo a garantire il conseguimento di tale obiettivo.

63. Detto punto richiede che vi sia una corrispondenza aritmetica fra il contributo di ciascun partner al requisito dell'esperienza professionale di cui al punto 3.2.1 e il «volume» (o valore economico) dei compiti effettivamente realizzati da quel partner nell'esecuzione dell'appalto.

64. Come argomenta correttamente la Commissione, tale punto del capitolato è *scollegato* dalle *opere o servizi specifici* richiesti per eseguire correttamente l'appalto pubblico in questione. Per esempio, ciascun partner parte di un accordo per lo svolgimento di attività congiunte potrebbe essere in grado di dimostrare di aver acquisito l'esperienza nella costruzione o ricostruzione di banchine di porti marittimi negli ultimi cinque anni. Collettivamente, i partner in tal modo soddisfano il requisito dell'esperienza professionale di cui al punto 3.2.1 del capitolato d'oneri. Tuttavia, ciascuno di essi potrebbe specializzarsi in un differente aspetto della costruzione di banchine di porti marittimi, come dragare il bacino portuale, eseguire le opere di fondazione, costruire pareti in profilati di acciaio, o fornire e installare l'attrezzatura per la banchina del porto marittimo. Il requisito di cui al punto 4.3 non impedisce a un singolo partner di realizzare specifici compiti per i quali in realtà non ha esperienza (sebbene, in termini aritmetici, quei compiti potrebbero corrispondere al suo contributo nel soddisfare il requisito di cui al punto 3.2.1 del capitolato d'oneri e pertanto adempiere al punto 4.3 dello stesso).

65. Ritengo pertanto che l'obiettivo di garantire la corretta esecuzione dell'appalto pubblico non possa, in circostanze quali quelle oggetto del procedimento principale, giustificare la restrizione alla libertà di prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento causata dal punto 4.3 del capitolato d'oneri. Ciò vale a maggior ragione poiché anche compiti che rappresentano piccole porzioni del valore totale dell'appalto possono essere essenziali per la sua corretta esecuzione [49].

66. L'Autorità Portuale argomenta che la conformità ai principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza richiede che soltanto le capacità professionali che sono effettivamente utilizzate nell'esecuzione dell'appalto pubblico possano essere tenute in considerazione quando si valuta la capacità professionale di singoli partner in attività congiunte.

67. Sebbene tali obiettivi siano legittimi [50], quest'argomento non è fondato. Rispondendo a una domanda posta dalla Corte in udienza, l'Autorità Portuale ha spiegato che il capitolato d'oneri non impediva ai partner che presentavano offerte in base a un accordo per lo svolgimento di attività congiunte, analogamente agli altri offerenti, di subappaltare l'esecuzione dell'appalto di lavori pubblici (tranne per quanto riguarda l'«opera principale») e che, in tali circostanze, l'esperienza professionale dei subappaltatori *non* doveva essere dichiarata alla presentazione dell'offerta congiunta. Pertanto, contrariamente a quanto osservato dall'Autorità Portuale, il capitolato d'oneri nel procedimento principale in realtà non garantiva che le capacità professionali che i partner avevano dichiarato di possedere con la presentazione dell'offerta comune, e che l'amministrazione aggiudicatrice aveva verificato, sarebbero state effettivamente utilizzate al fine di realizzare i lavori pubblici in questione.

48 — La ratio sottostante è la stessa di quella nel contesto del subappalto. V. paragrafo 49 delle presenti conclusioni e la giurisprudenza citata per analogia nelle note 43 e 44.

49 — Ad esempio, impermeabilizzare un'infrastruttura.

50 — V., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 31 e 32 e giurisprudenza ivi citata, e del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 36.

68. Concludo pertanto che, nel contesto di un appalto pubblico di valore inferiore alla soglia prevista dalla direttiva 2004/17 o dalla direttiva 2004/18, ma che presenta un chiaro interesse transfrontaliero, il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza che derivano dagli articoli 49 e 56 TFUE ostano a un requisito come quello di cui al punto 4.3 del capitolato d'oneri in questione, il quale richiede che, qualora i partner propongano di cumulare le proprie capacità professionali presentando un'offerta comune, deve sussistere una corrispondenza aritmetica fra la porzione di appalto che ciascun partner nello svolgimento di un'attività congiunta esegue e il suo contributo nel soddisfare un requisito attinente all'esperienza professionale.

Legittimità delle modifiche al punto 4.3 del capitolato d'oneri durante la procedura di aggiudicazione dell'appalto (seconda questione)

69. Ci si chiede se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità derivanti dagli articoli 49 e 56 TFUE, e il conseguente obbligo di trasparenza, impediscano all'Autorità Portuale di modificare il punto 4.3 del capitolato d'oneri, come ha fatto.

70. La giurisprudenza della Corte che ha interpretato l'articolo 2 della direttiva 2004/18 fornisce indicazioni utili per rispondere a tale questione. Secondo detta disposizione, «[l]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza». Tale norma si basa dunque sui principi di parità di trattamento e non discriminazione e sull'obbligo di trasparenza sanciti dal TFUE [51].

71. In tal senso, la Corte ha dichiarato che sia il principio di parità di trattamento sia l'obbligo di trasparenza che ne deriva richiedono che l'oggetto di ciascun appalto nonché i criteri della sua aggiudicazione siano chiaramente definiti sin dalla fase dell'avvio della procedura di aggiudicazione [52]. Il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti [53]. Inoltre, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione [54].

72. Pertanto, un'autorità aggiudicatrice non può modificare, anche solo apportando correzioni, la portata delle condizioni essenziali dell'appalto, così come formulate nel capitolato d'oneri, su cui gli operatori economici interessati si sono legittimamente basati per prendere la decisione di preparare la presentazione di un'offerta o, al contrario, di rinunciare a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto interessato [55].

51 — Sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 34.

52 — Sentenze del 10 dicembre 2009, Commissione/Francia, C-299/08, EU:C:2009:769, punto 41, e del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 56.

53 — Sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44.

54 — V., inter alia, sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e giurisprudenza ivi citata; v. anche sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 88.

55 — Sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 55.

73. Gli stessi principi si applicano quando un appalto non disciplinato dalla direttiva 2004/18 presenta un chiaro interesse transfrontaliero. Nella sentenza Enterprise Focused Solutions [56], la Corte ha dichiarato che, dopo la pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice non può procedere a una modifica della specifica tecnica relativa ad un elemento dell'appalto, in violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza [57]. Ciò è coerente con altre sentenze nelle quali la Corte ha chiarito che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, in linea di principio, ostano a che un'offerta possa essere modificata dopo il suo deposito, su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'offerente, salvo che la modifica corregga errori materiali manifesti o chiarisca un dettaglio dell'offerta [58].

74. Nel caso in esame, l'Autorità Portuale ha agito in violazione dei predetti principi, modificando due volte il punto 4.3 del capitolato d'oneri.

75. In primo luogo, come deduce la Commissione, tali modifiche non possono considerarsi chiarimenti minori di tale punto o correzioni di un errore amministrativo. La versione originale del paragrafo 4.3 consentiva chiaramente che il requisito di capacità professionale previsto al punto 3.2.1 del capitolato d'oneri potesse essere soddisfatto da almeno un partner impegnato nell'attività congiunta *o* da tutti i partner considerati complessivamente. Entrambe le modifiche (del 24 aprile e del 9 maggio 2014) hanno introdotto limitazioni alla dimostrazione della capacità professionale nel caso di partenariato congiunto. Tali limitazioni non fanno chiaramente parte della versione originale di tale punto. Al contrario, hanno alterato la sostanza del punto 4.3 del capitolato d'oneri, sul quale gli operatori interessati stavano già legittimamente facendo affidamento per prendere la decisione di prepararsi a presentare un'offerta o di non partecipare alla procedura di appalto. Per tale ragione dissento dalla conclusione dell'Autorità Portuale secondo cui offerenti ragionevolmente informati avrebbero potuto prevedere le modifiche in questione.

76. Inoltre, l'Autorità Portuale non ha addotto alcuna giustificazione oggettiva per spiegare per quale motivo ha per due volte apportato modifiche sostanziali al punto 4.3 del capitolato d'oneri dopo aver pubblicato l'iniziale bando di gara. Pertanto, mentre questo è in ogni caso un elemento che spetta al giudice del rinvio verificare, nulla negli atti a disposizione della Corte suggerisce che tali modifiche fossero state rese necessarie da un mutamento fondamentale delle circostanze in base alle quali l'appalto pubblico in questione doveva essere aggiudicato o eseguito rispetto al momento della pubblicazione del bando di gara.

77. Si possono immaginare circostanze in cui un tale mutamento fondamentale potrebbe verificarsi e nelle quali l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe trovarsi ad affrontare il dilemma se avviare nuovamente la procedura di gara ab initio o cambiare il capitolato d'oneri. Entrambe le soluzioni potrebbero comportare svantaggi, in termini di spreco di risorse per chi stava partecipando alla procedura di gara originaria; e sorgerebbero questioni ovvie, in particolare per quanto riguarda il rischio di abuso o di manipolazione, la necessità di trasparenza e di parità di trattamento fra i (potenziali) offerenti e il (probabile) rimborso (in una qualche misura, di) risorse sprecate. Fortunatamente, nessuno di tali spinosi argomenti dev'essere deciso dalla Corte in questa sede e propongo di non approfondirli ulteriormente.

78. Nelle circostanze oggetto della presente causa, concludo pertanto che il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza che derivano dagli articoli 49 e 56 TFUE ostano a modifiche del capitolato d'oneri, come quelle oggetto del procedimento principale, che introducono limitazioni alla dimostrazione della capacità professionale da parte di partner nello svolgimento di un'attività congiunta, limitazioni palesemente non incluse nella versione originaria del capitolato.

56 — Sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228.

57 — Sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 29.

58 — V., inter alia, sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punti 31 e 32.

79. Tale conclusione non è inficiata dal fatto che le modifiche hanno avuto luogo prima della presentazione di proposte, o dal fatto che l'Autorità Portuale ha sia pubblicato le modifiche nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia prorogato la scadenza per la presentazione di offerte. Come ho spiegato, le successive modifiche al punto 4.3 del capitolato d'oneri ad opera dell'Autorità Portuale hanno comportato un mutamento sostanziale delle condizioni in base alle quali partner nello svolgimento di attività congiunte potevano presentare un'offerta, senza una giustificazione oggettiva [59].

80. Infine, vorrei sottolineare che l'analisi che qui propongo deriva dalla specifica situazione di cui al procedimento principale. Essa pertanto non pregiudica affatto il modo in cui i principi di parità di trattamento e di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza derivanti dal TFUE si applicherebbero in circostanze differenti.

Conclusione

81. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, ritengo che la Corte dovrebbe rispondere alla questione sollevata dalla Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania) nei seguenti termini:

1. Nel contesto di un appalto pubblico al quale non è applicabile la direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, né la 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, ma che presenta un chiaro interesse transfrontaliero, il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza che derivano dagli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una norma nazionale, come quella contenuta nell'articolo 24, paragrafo 5, del Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (legge sugli appalti pubblici), ai sensi della quale l'offerente deve realizzare in proprio l'«opera principale», come individuata dall'amministrazione aggiudicatrice, escludendo la possibilità di subappaltare tale parte dell'appalto.

2. Nello stesso contesto, il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza che derivano dagli articoli 49 e 56 TFUE ostano a un requisito come quello di cui al punto 4.3 del capitolato d'oneri in questione nel procedimento principale, il quale richiede che, qualora i partner propongano di cumulare le loro capacità professionali presentando un'offerta comune, deve sussistere una corrispondenza aritmetica fra la porzione di appalto che ciascun partner nello svolgimento di un'attività congiunta esegue e il suo contributo nel soddisfare un requisito attinente all'esperienza professionale.

3. Il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità e l'obbligo di trasparenza che derivano dagli articoli 49 e 56 TFUE ostano a modifiche del capitolato d'oneri, come quelle oggetto del procedimento principale, che introducono senza giustificazioni oggettive limitazioni alla dimostrazione della capacità professionale da parte di partner nello svolgimento di un'attività congiunta, limitazioni palesemente non incluse nella versione originaria del capitolato.

59 — V. paragrafi 75 e 76 supra.