Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NIILO JÄÄSKINEN
presentate l'8 settembre 2015 [1]

Causa C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
contro
Zarząd Oczyszczania Miasta

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso, Polonia)]

«Appalto pubblico — Direttiva 2004/18/CE — Articolo 48, paragrafo 3 — Capacità tecnologiche e professionali di un operatore economico — Affidamento da parte degli offerenti "se del caso" sulle capacità di altri soggetti — Natura del legame tra l'offerente e tali altri soggetti — Forma e misura del ricorso alle capacità di altri soggetti — Informazioni richieste nel bando di gara — Pertinenza della direttiva 2014/24/UE ai fini dell'interpretazione della direttiva 2004/18»

I – **Introduzione**

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso, Polonia) riguarda due questioni giuridiche rilevanti nell'ambito del diritto degli appalti pubblici e una terza che riguarda la tematica più ampia della misura in cui una direttiva che non è ancora entrata in vigore nel periodo rilevante ratione temporis, e il cui termine di attuazione non è ancora scaduto, possa essere utilizzata come base interpretativa di una direttiva che alla fine essa sostituirà.

2. In sostanza, il Zarząd Oczyszczania Miasta (l'Amministrazione per i servizi di nettezza urbana; in prosieguo: l'«amministrazione aggiudicatrice»), un'unità organizzativa della capitale Varsavia, ha escluso la PARTNER Dariusz Apelski (in prosieguo: la «PARTNER») dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di servizi di pulizia meccanica delle strade di Varsavia. L'amministrazione aggiudicatrice ha così proceduto perché non era convinta che la PARTNER avrebbe eseguito l'appalto in modo corretto, in quanto parte della sua offerta comprendeva servizi che avrebbe dovuto fornire un terzo situato in un'altra città polacca relativamente lontana.

3. Nel primo gruppo di questioni sottoposte dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso) la Corte viene interrogata sostanzialmente, se non esclusivamente, in relazione alla prova richiesta ad un operatore economico quando fa affidamento sulle «capacità di altri soggetti» per un particolare appalto ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di

1 — Lingua originale: l'inglese.

aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [2]. Tali questioni comprendono quesiti relativi al contenuto del bando di gara e della precisazione dell'offerta. Il secondo gruppo di questioni si interroga sulle circostanze in cui un'asta elettronica già chiusa da un'amministrazione aggiudicatrice debba essere annullata per irregolarità nella procedura di aggiudicazione.

4. Infine, con l'ultima questione, alla Corte viene chiesto se 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/CE [3] possa essere utilizzata come base interpretativa della direttiva 2004/18 al fine della risoluzione dei problemi in esame, anche se la direttiva 2014/24 non era ancora entrata in vigore alla data in cui la procedura di aggiudicazione dell'appalto è stata pubblicata.

II – **Contesto normativo**

A – *La direttiva 2004/18*

5. L'articolo 2 della direttiva 2004/18, intitolato «[p]rincipi di aggiudicazione degli appalti», stabilisce che «[l]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

6. L'articolo 44 della direttiva 2004/18, intitolato «[a]ccertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione», dispone quanto segue:

«1. L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell'articolo 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere livelli minimi di capacità, conformemente agli articoli 47 e 48, che i candidati e gli offerenti devono possedere.

La portata delle informazioni di cui agli articoli 47 e 48 e i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Detti livelli minimi sono indicati nel bando di gara.

(…)».

7. L'articolo 48 della direttiva 2004/18, intitolato «[c]apacità tecniche e professionali», al paragrafo 3 dispone che:

«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:

a) i) (…)

2 — GU L 134, pag. 114.

3 — GU L 94, pag. 65.

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.

(…).

3. Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.

(…)».

8. L'articolo 51 della direttiva 200/18 intitolato «[d]ocumenti e informazioni complementari» dispone che «[l]'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50».

9. L'articolo 54 della direttiva 2004/18 intitolato «[r]icorso alle aste elettroniche» dispone:

«1. Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad aste elettroniche.

(…)

4. Prima di procedere all'asta elettronica le amministrazioni aggiudicatrici effettuano una prima valutazione completa delle offerte conformemente al (ai) criterio(i) di aggiudicazione stabiliti e alla relativa ponderazione.

Tutti gli offerenti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente per via elettronica a presentare nuovi prezzi e/o nuovi valori; (…)

(…)

8. Dopo aver dichiarata conclusa l'asta elettronica, le amministrazioni aggiudicatrici aggiudicano l'appalto ai sensi dell'articolo 53, in funzione dei risultati dell'asta elettronica.

Le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, quale sottoposto a indizione di gara mediante la pubblicazione del bando di gara e quale definito nel capitolato d'oneri».

B – *La direttiva 2014/24*

10. L'articolo 63 della direttiva 2014/24 è intitolato «[a]ffidamento sulle capacità di altri soggetti» e dispone quanto segue:

«1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici

possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.

(…)

2. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso (…)».

11. L'articolo 90, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 intitolato «[r]ecepimento e disposizioni transitorie» dispone che «[g]li Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni». Ai sensi dell'articolo 93, la direttiva 2014/24 è entrata in vigore il ventesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, che ha avuto luogo il 28 marzo 2014.

III – **Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali**

12. L'amministrazione aggiudicatrice ha condotto la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di servizi di «pulizia meccanica complessiva delle carreggiate delle strade della capitale Varsavia, nella stagione invernale ed estiva, negli anni dal 2014 al 2017 - Fase I». Considerato il valore eccedente le soglie dell'Unione, il bando di gara è stato pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 24 dicembre 2013. L'amministrazione aggiudicatrice ha suddiviso l'oggetto dell'appalto in 8 lotti comprendenti determinati quartieri di Varsavia ed ha ammesso la presentazione delle offerte parziali, senza, al contempo, limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico poteva presentare l'offerta. Essa ha condotto una procedura aperta (pubblico incanto) che prevedeva l'espletamento di un'asta elettronica.

13. Il servizio di pulizia invernale consiste nella prevenzione e nell'eliminazione degli strati di ghiaccio dalle strade mediante lo spargimento di prodotti antigelo e l'utilizzo dello spazzaneve sulle carreggiate delle strade delle seguenti categorie: strade statali, di voivodato, distrettuali e comunali, sulle quali viene effettuato il trasporto collettivo urbano. Il servizio di pulizia estiva consiste nello spazzamento e nel lavaggio delle carreggiate stradali. Conformemente al capitolato d'oneri, gli operatori economici hanno dovuto dimostrare che negli ultimi tre anni precedenti la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, o, qualora il periodo dell'esercizio dell'attività svolta fosse più breve, in tale ultimo periodo, hanno prestato, o stanno prestando, il servizio o i servizi relativi alla manutenzione invernale delle carreggiate stradali, per un valore complessivo dei lavori eseguiti non inferiore a PLN 1 000 000.

14. L'amministrazione aggiudicatrice ha indicato che, ai fini della valutazione del rispetto di tale condizione, avrebbe tenuto conto esclusivamente dei servizi nell'ambito dei quali per la prevenzione o eliminazione del ghiaccio sulle strade è stata impiegata la tecnologia di umidificazione [4]. L'amministrazione aggiudicatrice ha altresì indicato che, nel caso di presentazione dell'offerta per più

4 — Ovvero cloruro di sodio o a una miscela di cloruro di sodio e di cloruro di calcio i quali durante lo spargimento vengono umidificati e formano una soluzione salina.

di un lotto dell'appalto, l'operatore economico doveva aver eseguito i lavori di un corrispondente maggior valore, vale a dire PLN 1 000 000 moltiplicato per il numero dei lotti di appalto per i quali è stata presentata l'offerta. Di conseguenza, l'operatore economico che ha presentato l'offerta per 8 lotti, doveva dimostrare l'esecuzione di servizi per un valore minimo di PLN 8 000 000 [5].

15. La PARTNER, nell'elenco dei servizi allegato all'offerta, ha menzionato 14 servizi, 12 dei quali indicavano la sua personale esperienza e due l'esperienza della PUM Sp. z o.o. (in prosieguo: la «PUM»), un'impresa con sede a Grudziądz (a circa 227 kilometri da Varsavia), in qualità di altro soggetto dei cui mezzi si avvaleva la PARTNER. La PARTNER ha allegato alla propria offerta l'impegno della PUM di «mettere a disposizione le risorse necessarie». Dall'impegno emergevano le modalità di utilizzo delle risorse messe a disposizione, nello specifico servizi di consulenza comprendenti, tra l'altro, la formazione del personale dell'operatore economico, le consultazioni con l'operatore economico, inclusa l'assistenza nella soluzione dei problemi che avrebbero potuto verificarsi in fase di esecuzione dell'appalto.

16. Dopo che l'amministrazione aggiudicatrice, l'11 marzo 2014, aveva informato la PARTNER che riteneva che l'operatore economico non possedesse i mezzi necessari per l'esecuzione del contratto, la PARTNER, il 18 marzo 2014, ha risposto che, se l'amministrazione aggiudicatrice riteneva insufficiente l'esperienza dimostrata, l'imputazione della sua restante esperienza sarebbe dovuto avvenire nel seguente ordine: lotto V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Al riguardo ha sostenuto che qualora un operatore economico presenti l'offerta per più di un lotto quest'ultima potrebbe essere valutata separatamente per ciascuno di essi. Pertanto un'eventuale esclusione di un operatore economico ed il rigetto della sua offerta non dovrebbero riguardare l'intero appalto ma i singoli lotti del medesimo rispetto ai quali l'operatore economico non abbia soddisfatto i presupposti.

17. L'amministrazione aggiudicatrice non ha riconosciuto l'esperienza parziale della PARTNER e l'ha esclusa dalla procedura relativamente a tutti i lotti dell'appalto in base all'articolo 24, paragrafo 2, punto 4, della legge sugli appalti pubblici (Ustawa PZP) [6] a causa della mancata dimostrazione del rispetto delle condizioni di partecipazione alla procedura. L'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che, tenendo conto della peculiarità dei lavori da eseguire, della conoscenza della topografia della città, dei tempi necessari per il raggiungimento di determinati standard della manutenzione invernale, ecc., non sarebbe stato possibile adempiere in modo professionale alle obbligazioni derivanti dalla procedura espletata senza la partecipazione personale della PUM nell'esecuzione dell'appalto.

18. Nel ricorso dinanzi alla Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso), la PARTNER ha sollevato nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice addebiti relativi all'errato svolgimento dell'esame e alla valutazione delle offerte. La stessa ha sostenuto che nel capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice non aveva indicato che il rispetto della condizione di essere in possesso delle conoscenze e dell'esperienza adeguate fosse subordinato alla partecipazione personale nell'esecuzione dell'appalto del soggetto che ha messo le conoscenze e l'esperienza a disposizione della PARTNER, né che l'esperienza dovesse riguardare la conoscenza topografica concreta.

19. La Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso) ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

«1 Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18 (…), possa essere interpretato nel senso che la locuzione "se del caso", riferita all'ipotesi in cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, comprende tutte le

5 — L'ordinanza di rinvio afferma che nel corso dell'udienza dinanzi al giudice nazionale l'amministrazione aggiudicatrice ha dichiarato che il rispetto di tale condizione veniva da essa valutato sommando il valore di tutti i servizi indicati e riconosciuti e dividendolo per 1 000 000, in modo da ottenere il numero dei lotti per i quali l'operatore economico aveva soddisfatto la condizione.

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (Legge sugli appalti pubblici) (testo unico, Dz. U. del 2013, posizione 907). L'articolo 24, paragrafo 2, punto 4, dispone che: «[d]alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sono altresì esclusi gli operatori economici che (...) non hanno dimostrato di soddisfare le condizioni per la partecipazione alla procedura».

situazioni in cui un determinato operatore economico non è in possesso delle qualifiche richieste dall'amministrazione aggiudicatrice e decide di avvalersi di tali capacità di altri soggetti; o se invece l'indicazione secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle risorse di altri soggetti soltanto «se del caso» debba essere considerata una limitazione indicante che una siffatta possibilità di avvalersi può configurarsi solo quale eccezione, e non come regola, nella selezione degli operatori economici nella procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

2 Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18, possa essere interpretato nel senso che fare affidamento, da parte di un operatore economico, sulle capacità di altri soggetti relativamente alle loro conoscenze ed esperienza, "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", nonché "disporre delle risorse" di tali soggetti significa che nel corso di esecuzione di un appalto l'operatore economico non è tenuto ad avere alcun rapporto con tali soggetti o può avere rapporti molto informali ed indefiniti, vale a dire che può eseguire da solo l'appalto (senza la partecipazione di un altro soggetto), oppure che tale partecipazione può consistere nella "consulenza", "consultazione", "formazione", ecc.; o se l'articolo 48, paragrafo 3, debba essere interpretato nel senso che il soggetto delle cui capacità si avvale un operatore economico deve effettivamente e personalmente eseguire l'appalto nella misura in relazione alla quale sono state dichiarate le sue capacità.

3 Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18, possa essere interpretato nel senso che un operatore economico che possiede una propria esperienza, ma in un ambito più ristretto rispetto a quanto vorrebbe indicare all'amministrazione aggiudicatrice (ad esempio insufficiente per presentare l'offerta per tutti i lotti), può avvalersi, a titolo accessorio, delle capacità di altri soggetti al fine di migliorare la propria situazione nella procedura.

4 Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18, possa essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, può (o addirittura deve) determinare i principi in base ai quali un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, ad esempio con quali modalità l'altro soggetto debba partecipare all'esecuzione dell'appalto, in che modo si possano unire le capacità dell'operatore economico e dell'altro soggetto, se l'altro soggetto sarà responsabile in solido con l'operatore economico per la corretta esecuzione dell'appalto nella misura in cui l'operatore economico si è avvalso delle sue capacità.

5 Se il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, espresso all'articolo 2 della direttiva 2004/18, consenta di avvalersi delle capacità di un altro soggetto di cui all'articolo 48, paragrafo 3, in modo tale che vengono sommate le capacità di due o più soggetti che non possiedono le capacità nell'ambito delle conoscenze e dell'esperienza richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

6 Pertanto, se il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, espresso all'articolo 2 della direttiva 2004/18, consenta un'interpretazione degli articoli 44 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 nel senso che l'osservanza delle condizioni di partecipazione alla procedura stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, ai fini della partecipazione alla procedura, può essere soltanto formale e indipendente dalle effettive competenze dell'operatore economico.

7 Se il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, espresso all'articolo 2, della direttiva 2004/18 consenta a che, qualora sia ammissibile presentare l'offerta per un lotto dell'appalto, l'operatore economico, dopo la presentazione delle offerte, ad esempio nel completare o chiarire i documenti, dichiari a quale dei lotti dell'appalto debbano essere imputate le risorse da esso indicate volte a dimostrare il soddisfacimento delle condizioni di partecipazione alla procedura.

8 Se il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici nonché il principio di trasparenza, espressi all'articolo 2 della direttiva 2004/18, consentano l'annullamento di un'asta già espletata e la ripetizione di un'asta elettronica qualora essa sia stata effettuata in modo sostanzialmente errato, ad esempio, laddove non vi siano stati invitati tutti gli operatori economici che avevano presentato offerte ammissibili.

9 Se il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici nonché il principio di trasparenza, espressi all'articolo 2 della direttiva 2004/18, consentano l'aggiudicazione di un appalto all'operatore economico la cui offerta è stata scelta in seguito ad una tale asta, senza che quest'ultima venisse ripetuta, qualora non sia possibile accertare se la partecipazione dell'operatore economico che non sia stato preso in considerazione avrebbe modificato il risultato dell'asta.

10 Se, nell'interpretare le disposizioni della direttiva 2004/18, sia consentita l'applicazione, come base interpretativa, del contenuto delle disposizioni e del preambolo della direttiva 2014/24 (…), anche se non è scaduto il termine per la sua attuazione, nella misura in cui esso chiarisce alcuni principi ed intenzioni del legislatore dell'Unione, e non è in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18».

20. Hanno presentato osservazioni scritte la PARTNER, la Remondis sp.z o.o. e la MR Road Service sp.Z o.o., intervenienti nel procedimento principale, i governi di Spagna, di Lettonia e di Polonia, nonché la Commissione. Ad eccezione del governo di Lettonia, tutti hanno partecipato all'udienza che ha avuto luogo il 7 maggio 2015, come anche l'amministrazione aggiudicatrice, sebbene essa non abbia presentato osservazioni scritte.

IV – **Analisi**

A – *Questioni relative all'affidamento sulle capacità tecniche e professionali di un altro operatore economico (questioni 1, 2, 3, 5 e 6)*

21. In base a tali questioni, che considererò congiuntamente, il giudice nazionale del rinvio si interroga sostanzialmente sulle circostanze in cui un offerente può, per un particolare appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti con riferimento alle capacità tecnologiche e professionali quando presenta offerte per un determinato contratto. Tale facoltà è prevista dall'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18. A mio avviso, tali questioni ricomprendono essenzialmente tre problemi. Questi sono 1) la facoltà di un offerente di fare affidamento su capacità esterne per soddisfare i requisiti dell'appalto con riferimento a capacità tecniche e professionali; 2) la sostanza dell'affidamento sulle capacità di un terzo; e 3) se tali capacità siano trasferibili nel senso che si può fare affidamento su di esse alla luce della natura e dello scopo dell'appalto di cui trattasi. Ovviamente l'articolo 2, che sancisce il principio generale di non discriminazione e di trasparenza, è pertinente per dare una risposta a tutte le questioni.

22. Innanzitutto, è opportuno sottolineare la differenza tra l'affidamento sulle capacità di altri soggetti ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 e il subappalto di cui all'articolo 25 della stessa. Come rilevato dalle osservazioni scritte della Spagna, tali regimi giuridici sono diversi sotto due aspetti. Con riferimento all'affidamento sulle capacità di terzi, queste sono integrate con quelle dell'offerente precedentemente all'aggiudicazione dell'appalto, mentre il subappalto si conclude al momento dell'esecuzione dell'appalto. In secondo luogo, il subappalto è soggetto a limitazioni che non

trovano applicazione in caso di affidamento sulle capacità di terzi [7].

1. Facoltà di un operatore economico di fare affidamento su capacità esterne

23. Quanto alla locuzione «se del caso» di cui all'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, essa non impone alcuna limitazione sostanziale alle circostanze in cui un operatore economico può disporre delle risorse di un terzo quando presenta offerte per un appalto pubblico.

24. Nelle mie conclusioni nella causa Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), ho rilevato che il tenore letterale dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 suggerisce il diritto degli operatori economici di scegliere tale metodo per soddisfare i criteri di selezione, purché siano in grado di provare di avere effettivamente a disposizione i mezzi degli altri soggetti interessati che sono necessari all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi [8]. Tale interpretazione è prevalentemente conforme allo scopo di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di incentivare l'accesso ad essi delle piccole e medie imprese.

25. Inoltre, nella sentenza Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) la Corte ha concluso, e ciò è stato successivamente confermato dall'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, che la natura giuridica dei vincoli tra l'operatore economico e il soggetto o i soggetti terzi su cui vuole fare affidamento è irrilevante [9].

26. Pertanto, alla luce della giurisprudenza della Corte, non vi può essere alcuna obiezione di principio ad un offerente che fa affidamento anche sulle capacità di altri soggetti per migliorare la propria posizione nella procedura di appalto. Ciò, tuttavia, è sottoposto alle limitazioni che tratterò in seguito. Come sottolineato nelle osservazioni scritte della Commissione, ciò che rileva è che l'offerente *abbia effettivamente a sua disposizione* le capacità di altri soggetti ai fini di una corretta esecuzione dell'appalto. Non è necessario che tale «disponibilità» rivesta una particolare forma giuridica.

2. La sostanza delle capacità di terzi su cui l'offerente fa affidamento

27. Fermo restando quanto detto nei precedenti paragrafi, spetta all'offerente che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti l'onere di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che questi sono effettivamente a loro disposizione [10]. Da tale punto di vista, la soluzione migliore sarebbe quella di interpretare l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 nel senso che esso impone un requisito di prova, in base al quale la valutazione della prova è lasciata all'amministrazione aggiudicatrice. Ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, spetta all'amministrazione aggiudicatrice verificare l'idoneità dei candidati o degli offerenti conformemente ai criteri di cui agli articoli da 47 a 52 della direttiva 2004/18 [11]. In altri termini, come sottolineato dall'amministrazione aggiudicatrice e dalla Polonia all'udienza, un'amministrazione aggiudicatrice è vincolata dall'obbligo di assicurarsi che l'offerente aggiudicatario sia effettivamente in grado di eseguire correttamente l'appalto.

7 — L'articolo 25 della direttiva 2008/14 dispone che, nel capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata 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. La disposizione prosegue disponendo che ciò lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'operatore economico principale.

8 — Ibid. paragrafo 24. V. anche, in particolare, sentenza Siemens e ARGE Telecom (C-314/01, EU:C:2004:159), punto 46 e sentenze Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) e Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), paragrafo 22. Tale posizione si basa sulle conclusioni della Corte nella sentenza Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) e nella sentenza Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), in cui i rapporti giuridici in questione riguardavano società dello stesso gruppo. V. paragrafi dal 20 a 22 delle conclusioni.

10 — V. le mie conclusioni nella causa Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), paragrafo 23.

11 — Sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), punto 26. V., analogamente, sentenza Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), punto 28.

28. Lo scopo delle disposizioni della direttiva 2004/18 relative alla partecipazione di terzi all'esecuzione di appalti pubblici è quello di evitare la situazione in cui un'impresa sia legittimata ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto sebbene non abbia i mezzi necessari per eseguire l'appalto. Pertanto, l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 preclude ad un'amministrazione aggiudicatrice di adottare un approccio puramente formale in relazione alle prove fornite da un offerente, a causa degli obblighi da cui è vincolata. In altri termini, non è accettabile che offerenti facciano riferimento alle capacità di terzi se ciò avviene solo al fine di soddisfare formalmente le condizioni di capacità minime stabilite nel bando di gara.

3. Trasferibilità di capacità tecnologiche e professionali

29. Nella sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), la Corte ha interpretato gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, nel senso che ostano ad una regola generale che vieti agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese. Tuttavia, la Corte ha altresì osservato che «non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori» e che «in un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico» [12].

30. Ciò posto, il problema in questione è, tuttavia, se le capacità di natura tecnologica e professionale indicate nell'avviso di aggiudicazione siano trasferibili. Se non lo sono, la PARTNER non può essere qualificata come offerente.

31. La trasferibilità delle capacità tecnologiche riguarda la questione se la tecnologia o la conoscenza possano essere efficacemente trasferite da un operatore economico ad un altro, per esempio tramite consultazioni e la fornitura di consulenza. Nelle osservazioni scritte delle parti vi sono punti relativi alla questione se in generale tali capacità possano ricomprendere anche quelle di diversi soggetti, il che a mio avviso è l'approccio adottato dal legislatore dell'Unione nell'articolo 48 della direttiva 2004/148. Tuttavia, nel procedimento principale la vera controversia riguarda la questione se le capacità tecnologiche della PUM siano trasferibili alla PARTNER senza che il primo dei due operatori economici menzionati partecipi esso stesso direttamente all'esecuzione dell'appalto. La controversia non riguarda il semplice fatto di aggiungere capacità analoghe a quelle che la PARTNER già possiede.

32. Molto dipende dai fatti e dalla natura e dall'oggetto dell'appalto. Esistono capacità che sono trasferibili. Immaginiamo un'aggiudicazione di un appalto da parte di un fornitore di servizi sanitari relativi all'accertamento di una forma di cancro utilizzando una tecnologia standard che debbano essere prestati ad uno specifico gruppo di persone. Immaginiamo poi che i termini dell'aggiudicazione dell'appalto stabiliscano che in casi incerti le conclusioni devono essere confermate da uno specialista che possieda talune qualifiche professionali superiori. In tali circostanze non vi dovrebbero essere ragioni per le quali un offerente non possa fare affidamento su un terzo che deve fornire le consultazioni necessarie. Tuttavia, se l'appalto riguardasse l'accertamento tramite una nuova metodologia non standard, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe ragionevolmente richiedere che l'offerente stesso possieda le relative capacità. Qui ci troviamo di fronte ad una questione relativa alle circostanze fattuali dell'aggiudicazione dell'appalto.

33. Pertanto, come ho già detto, occorre tener conto della natura di ciascun appalto e delle esigenze da soddisfare. Si tratta di una questione che spetta al giudice nazionale valutare.

12 — Sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), punto 35.

34. Se l'amministrazione aggiudicatrice possa o meno richiedere la partecipazione di un soggetto terzo all'esecuzione dell'appalto, come unico mezzo per dimostrare che le capacità rilevanti sono a disposizione dell'offerente interessato, è del pari una questione da valutare caso per caso. Tutto dipenderà dalla natura e dallo scopo del contratto. A mio avviso, è agevole immaginare ipotesi in cui l'attività di cui trattasi presenta un grado di difficoltà tecnica tale da dover essere eseguita dal terzo che possiede la relativa competenza quando si fa affidamento sulla sua capacità, piuttosto che con un'attività eseguita dall'offerente personalmente sulla base di una consulenza del terzo in questione.

4. Conclusione intermedia

35. Sulla base delle osservazioni che precedono, è possibile rispondere come segue alle questioni 1, 2, 3, 5, e 6: gli articoli 44 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, devono essere interpretati nel senso che la locuzione «se del caso» non impone alcuna limitazione rilevante alle circostanze in cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti al fine di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle capacità tecnologiche e professionali necessarie per l'esecuzione di un determinato appalto pubblico. La natura giuridica dei legami tra l'operatore economico e il soggetto terzo è irrilevante, ma l'operatore economico deve essere in grado di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di avere effettivamente a disposizione tutti i mezzi per eseguire l'appalto. Un offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per dimostrare le sue capacità tecnologiche e professionali, con le limitazioni derivanti dalla natura e dallo scopo dell'appalto di cui è richiesta l'esecuzione.

B – *Bando di gara, capitolato d'oneri e responsabilità solidale (questione 4)*

36. Con la questione 4 sostanzialmente ci si interroga in merito a se l'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, possa (o addirittura debba) determinare i principi in base ai quali un offerente può o meno fare affidamento sulle capacità di altri soggetti. Più nello specifico, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire le modalità secondo cui l'offerente è tenuto a partecipare all'esecuzione dell'appalto, le modalità in cui si possono unire le capacità dell'offerente interessato e di altri soggetti e se l'altro soggetto sarà responsabile in solido con l'offerente per la corretta esecuzione dell'appalto nei limiti in cui l'offerente si è avvalso delle sue capacità?

37. Nelle sue osservazioni scritte, la Spagna dichiara che il bando di gara o il capitolato d'oneri devono stabilire le norme ai sensi delle quali un offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali requisiti siano proporzionati e siano direttamente connessi all'oggetto dell'appalto interessato. Anche la Polonia nelle osservazioni scritte argomenta in tal senso.

38. Tuttavia, a mio avviso la posizione corretta è quella sostenuta dalla Commissione. Nelle sue osservazioni scritte, essa rileva che poiché gli offerenti hanno la facoltà di fare affidamento sulle capacità di soggetti terzi alle amministrazioni aggiudicatrici è precluso imporre qualsiasi condizione espressa che possa ostare a tale diritto. L'offerente ha la facoltà di decidere come accederà a tali capacità. La Commissione aggiunge correttamente che, per ragioni pratiche, potrebbe essere quasi impossibile per l'amministrazione aggiudicatrice fissare, in anticipo, le specifiche sulle modalità in cui si può fare affidamento sulle capacità di altri; essa non può prevedere in anticipo tutte le possibili ipotesi per l'uso delle capacità di altri soggetti. Ciò, ovviamente, fatta salva l'assenza dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza Swm costruzioni 2, relativa a situazioni in cui un siffatto affidamento sia escluso.

39. I principi generali elaborati dalla Corte relativamente al bando di gara e al capitolato d'oneri e il *principio di trasparenza* sono pertinenti ai fini della presente questione. Ricordo che l'obbligo di trasparenza ha lo scopo di eliminare il rischio di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice [13] e che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza vietano all'autorità aggiudicatrice di respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara sulla base di motivi non previsti in tale bando [14]. Rilevo anche che l'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 dispone che le specifiche tecniche «devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» mentre, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 3, lettera c), i requisiti tecnici possono comprendere i requisiti in termini di prestazione.

40. A mio avviso, se si verificano le particolari condizioni stabilite dalla sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punto 35), e se l'amministrazione aggiudicatrice impone, *come condizione dell'aggiudicazione del contratto*, che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico, allora ad essa viene richiesto di dichiararlo in anticipo sia nel bando di gara che nel capitolato d'oneri. In tali circostanze, la facoltà di affidamento sulle capacità di un terzo di cui all'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 è esclusa. Questo sembrerebbe essere l'unico mezzo per adempiere all'obbligo di trasparenza nell'esame dell'idoneità dei candidati, perché altrimenti i potenziali offerenti non sarebbero informati di tutti i requisiti obbligatori e incondizionati relativi alle capacità minime [15].

41. Si tratta, tuttavia, di una questione diversa dalla valutazione se un offerente che fa affidamento sulle capacità di terzi *di fatto* soddisfi le condizioni di capacità tecnologiche e/o professionali richieste nel bando di gara. Tale questione può essere esaminata solo sulla base delle offerte confrontate con i requisiti di idoneità indicati nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, alla luce dei criteri descritti in precedenza nell'ambito delle questioni 1, 2, 3, 5 e 6.

42. Infine, con riferimento alla responsabilità solidale, le osservazioni scritte della Commissione hanno richiamato l'articolo 63, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 2014/24 al fine di sostenere un argomento a favore di detta responsabilità. La PARTNER e la Spagna, al contrario, affermano che l'imposizione di una responsabilità solidale non sia possibile, poiché solo l'offerente che ha partecipato alla procedura di aggiudicazione è responsabile per l'esecuzione dell'appalto, non il soggetto terzo sulle cui capacità esso ha fatto affidamento.

43. Per le ragioni che esporrò nella mia risposta alla questione 10, nell'applicare la direttiva 2004/18, dalla direttiva 2014/24 non possono derivare regole incondizionate, qualora esse siano assenti nella direttiva 2004/18 o impongano norme o requisiti più dettagliati rispetto alle corrispondenti disposizioni di tale altra direttiva. Pertanto, l'imposizione di una responsabilità solidale prima della scadenza del termine per l'attuazione della direttiva 2014/24 dovrebbe essere esclusa.

44. Per tali ragioni la Corte dovrebbe rispondere alla questione 4 nel senso che l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, deve essere interpretato nel senso che, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a specificare qualsiasi condizione che comporti la preclusione del ricorso all'articolo 48,

13 — Sentenza SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), punto 26 e giurisprudenza citata.

14 — Ibid., punto 28.

15 — V., per analogia, la giurisprudenza sui criteri di aggiudicazione, per esempio la sentenza Commissione/Francia (C-299/08, EU:C:2009:769), al punto 41, dove la Corte ha statuito che «sia il principio della 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» (il corsivo è mio). V. anche sentenza ATI EAC e Viaggi Di Maio e a. (C-331/04, EU:C:2005:718) che, al punto 32, ha stabilito i limiti all'attribuzione di un peso relativo ai subelementi dei criteri di aggiudicazione, e sentenza Universale-Bau e a. (C-470/99, EU:C:2002:746), punto 100, in cui all'amministrazione aggiudicatrice viene imposto di indicare, nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo, le regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati i quali saranno invitati a presentare un'offerta.

paragrafo 3, della direttiva 2004/18 per dimostrare il soddisfacimento dei requisiti relativi alle capacità minime. All'amministrazione aggiudicatrice è altrimenti precluso di stabilire, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, condizioni o norme espresse relative alla possibilità per un offerente di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti e alle modalità di tale affidamento.

C – *Precisazione dell'offerta (questione 7)*

45. La questione 7 si interroga sostanzialmente sull'estensione dell'eventuale dialogo tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente, ad esempio nel completare o chiarire i documenti dopo la presentazione delle offerte, quando sia possibile presentare l'offerta per un lotto dell'appalto. Ricordo a tal proposito che, ai sensi dell'articolo 51 della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50.

46. A mio avviso la Corte può fornire una risposta breve a tale questione. La Corte ha già escluso qualsivoglia trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'uno o l'altro dei candidati. Le amministrazioni aggiudicatrici non possono chiedere chiarimenti di offerte che ritengono imprecise o non conformi alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri prima che tali offerte siano respinte [16].

47. Una volta depositata, l'offerta non può essere modificata, su iniziativa dell'offerente né dell'amministrazione aggiudicatrice [17]. Quest'ultima può eccezionalmente richiedere un completamento dei dati, come un semplice chiarimento o la correzione di errori materiali manifesti, senza richiedere o accogliere alcuna modifica all'offerta [18].

48. A mio avviso, fornire informazioni relative all'ordine di priorità dei lotti ricompresi in un'offerta dopo il deposito delle offerte non costituisce una mera precisazione ma una modifica materiale dell'offerta. Accoglierla comporterebbe una violazione del principio di concorrenza leale. Tale ipotesi non rientra nella serie di circostanze eccezionali in cui è consentita la precisazione delle offerte.

49. Pertanto, a mio avviso la questione 7 dovrebbe essere risolta nel senso che il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, espresso all'articolo 2, della direttiva 2004/18 non consente che l'operatore economico, qualora sia ammissibile presentare l'offerta per un lotto dell'appalto, dopo la presentazione delle offerte dichiari a quale dei lotti dell'appalto debbano essere imputati i mezzi da esso indicati volte a dimostrare il soddisfacimento delle condizioni di partecipazione alla procedura.

D – *Irregolarità nell'asta elettronica (questioni 8 e 9)*

50. Le questioni 8 e 9 riguardano le conseguenze, in termini di aggiudicazione dell'appalto, della circostanza in cui a non tutti gli offerenti idonei sia stato consentito di partecipare a un'asta elettronica.

16 — Sentenza SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191), punti 36 e 37. Ricordo che nella direttiva 2004/18 vi è una disposizione relativa al dialogo competitivo con riferimento ad appalti particolarmente complessi (articolo 29) e alle procedure negoziate (articolo 30). Tali disposizioni, tuttavia, sono irrilevanti per la causa in esame.

17 — V. sentenza Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), in cui la Corte al punto 31 ha statuito che «[i]l principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non possa essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice non può chiedere chiarimenti a un offerente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri».

18 — Sentenza SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191), punti 40 e 41. V. anche sentenza Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), punto 32.

51. Ricordo qui innanzitutto che, ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 4, secondo sottoparagrafo, della direttiva 2004/18, «[t]utti gli offerenti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente per via elettronica a presentare nuovi prezzi e/o nuovi valori». L'articolo 54, paragrafo 8, della direttiva 2004/18 preclude il ricorso alle aste elettroniche per, tra l'altro, impedire o distorcere la concorrenza. Rilevo poi che il giudice nazionale non si sta interrogando sui rimedi disponibili agli operatori economici in relazione ad un'asta elettronica irregolare [19], bensì sugli obblighi dell'amministrazione aggiudicatrice in tale situazione ai sensi della direttiva 2004/18.

52. A mio avviso, se un candidato idoneo che soddisfa i criteri stabiliti nel bando di gara e nelle specifiche tecniche avrebbe dovuto essere invitato a partecipare all'asta elettronica, ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/18, ma non lo è stato, allora consegue al requisito di parità di trattamento e di non discriminazione di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18 che l'asta debba essere ripetuta. Ciò si applica a prescindere dalla circostanza se la sua partecipazione avrebbe modificato o meno il risultato dell'asta [20]. Ciò significa che non si può procedere all'aggiudicazione di un appalto sulla base di aste elettroniche illegittime o irregolari di tal genere.

53. Pertanto propongo che le questioni 8 e 9 siano risolte nel senso che l'articolo 2 della direttiva 2004/18 impone l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica se un candidato che soddisfa i criteri di partecipazione all'aggiudicazione dell'appalto non è stato invitato all'asta elettronica.

E – *Se si possa prendere in considerazione la direttiva 2014/24 nell'interpretazione della direttiva 2004/18 (questione 10)*

54. Il giudice nazionale del rinvio, con la questione 10, chiede se, nell'interpretare le disposizioni della direttiva 2004/18, sia consentita l'applicazione, come base interpretativa, del contenuto delle disposizioni e del preambolo della direttiva 2014/24, anche se non è ancora scaduto il termine per la sua attuazione, nella misura in cui esso chiarisce alcuni principi ed intenzioni del legislatore dell'Unione, e non è in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18.

55. Tale questione è connessa al fatto che l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 è intitolato «[a]ffidamento sulle capacità di altri soggetti» e prevede norme applicabili a tale situazione che sono più dettagliate rispetto a quelle di cui alla direttiva 2004/18. L'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, al pari dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, dispone che la «natura giuridica» dei legami tra i soggetti è irrilevante. Tuttavia, l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 aggiunge che se l'operatore è vincolato al possesso di «titoli di studio e professionali» o «esperienze professionali», si può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Inoltre, l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso.

19 — Questi sono previsti dalla direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU L 335, pag. 31).

20 — All'udienza il PARTNER ha dichiarato di non essere stato invitato a partecipare all'asta elettronica per l'aggiudicazione dell'appalto in questione.

56. Rilevo innanzitutto che il problema che il giudice nazionale deve affrontare riguarda l'interazione *tra due atti legislativi dell'Unione*. Pertanto, la giurisprudenza relativa agli obblighi degli Stati membri durante il periodo prescritto per il recepimento di una direttiva [21] in tema di interpretazione del diritto nazionale durante tale periodo [22] non è pertinente.

57. Inoltre, ricordo che la Corte ha recentemente statuito che nei casi in cui la direttiva 2014/24 è entrata in vigore dopo il verificarsi dei fatti di cui al procedimento principale in questione, essa non è applicabile alla controversia di cui trattasi [23]. Ciò è coerente con le sue precedenti conclusioni in riferimento al periodo transitorio tra la direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [24], e la direttiva 2004/18. In una causa in cui un'offerta era stata esclusa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto prima della data di scadenza del termine per il recepimento della direttiva 2004/18, la Corte ha statuito che sarebbe «in contrasto col principio della certezza del diritto determinare il diritto applicabile alla causa principale con riferimento alla data di assegnazione dell'appalto» [25]. Ha pertanto statuito che «la direttiva 2004/18 non è applicabile nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice, nel corso di un'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, prima della scadenza del termine per la trasposizione di tale direttiva» [26]. Tuttavia, il giudice nazionale nel caso in esame non si sta interrogando in dettaglio sul rapporto tra le disposizioni particolari della vecchia e della nuova direttiva e chiede solo indicazioni generali.

58. Ciò posto, la Corte, in almeno un'occasione, ha invocato sia un considerando che una disposizione della direttiva 2014/24 nell'interpretare la direttiva 2004/18. Tuttavia, non ne spiega le ragioni [27].

59. A mio avviso, il rapporto tra due atti legislativi dell'Unione successivi in termini di interpretazione deve essere valutato tenendo in dovuta considerazione l'intenzione del legislatore. Tuttavia, la formulazione della questione 10 non è utile a tal proposito perché non è chiaro se la locuzione «alcuni principi ed intenzioni del legislatore dell'Unione» faccia riferimento a quelli di cui alla direttiva 2014/24 o di cui alla direttiva 2004/18.

60. Ritengo evidente che la direttiva 2014/24 non possa spiegare l'intenzione del legislatore della direttiva 2004/18. Tuttavia, dal preambolo e dalle disposizioni della direttiva 2014/24 può emergere che l'intenzione del legislatore relativa a talune sue disposizioni era quella di codificare la giurisprudenza esistente nell'ambito della quale la direttiva 2004/18 era stata applicata. In tali situazioni non vi è alcun ostacolo al fatto di prendere in considerazione la direttiva successiva nell'interpretazione della precedente. D'altro canto, se l'intenzione del legislatore è quella di allontanarsi dalle disposizioni della direttiva 2004/18, o dalla giurisprudenza esistente, allora la nuova direttiva non può essere usata come base interpretativa della precedente.

21 — V., ad esempio, recentemente le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston nella causa bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), paragrafo 29, che cita le sentenze Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), punto 45; ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265), punto 58 e la sentenza Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e a. (C-43/10, EU:C:2012:560), punto 57.

22 — Ibid., che cita la sentenza Adeneler e a. (C-212/04, EU:C:2006:443), punti 122 e 123.

23 — Sentenza Ambisig (C-601/13, EU:C:2015/204), punto 24.

24 — GU L 199, pag. 54.

25 — Sentenza Hochtief e Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), punto 29.

26 — Ibid., punto 30. Aggiungo che tale approccio è coerente con quello impiegato dalla Corte nella sentenza Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242), punto 27 e nella sentenza Commissione/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), punti 38 e 39.

27 — Sentenza Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), punto 37. Rilevo anche che l'avvocato generale Kokott, nelle sue conclusioni nella causa Aurox e a. (C-220/05, EU:C:2006:410), paragrafo 50, ha fatto riferimento ad una disposizione della direttiva 2004/18 per confermare l'interpretazione della direttiva 93/37, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), anche se la prima non era ancora rilevante ratione temporis. La Corte, tuttavia, al punto 61 della sua sentenza Aurox e a. (C-220/05, EU:C:2007:31), ha osservato che la disposizione in questione della direttiva 2004/18/CE non era «applicabile ratione temporis ai fatti di cui alla causa principale». V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa ASL n. 5 e a. (C-113/13, EU:C:2014:291), paragrafo 40, e l'esclusione, da parte della Corte, della pertinenza della direttiva 2014/24/UE al punto 8 della sentenza San Lorenzo e Croce Verde Cogema (C-113/13, EU:C:2014:2440).

61. Peraltro, il giudice nazionale del rinvio pone una condizione. La questione 10 implica che il prendere in considerazione la direttiva 2014/24 sarà precluso se essa è «in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18». Ciò deriva, ovviamente, dal principio di certezza del diritto che vieta applicazioni retroattive di un atto che non sia applicabile ratione temporis [28].

62. Al centro della questione vi sono, tuttavia, le disposizioni della direttiva 2014/24 che aggiungono dettagli alla direttiva 2004/18 o alla giurisprudenza in cui essa è applicata, ove non vi sia una contraddizione logica tra gli atti, dato che la direttiva 2004/18 tace o è imprecisa in merito alla questione interessata.

63. A mio avviso, dal principio di certezza del diritto consegue che le norme incondizionate o le condizioni fondate sulla direttiva 2014/24 non possono essere applicate come «interpretazioni» della direttiva 2004/18 a svantaggio degli operatori economici che partecipano alle procedure di aggiudicazione dell'appalto. Tuttavia, se l'intenzione del legislatore sottesa alle disposizioni rilevanti della direttiva 2014/24 è piuttosto quella di sviluppare ulteriormente l'armonizzazione della normativa e della giurisprudenza esistente, e non di comprometterla, allora non vi è alcun ostacolo all'uso di esse come base interpretativa della direttiva 2004/18.

64. Per tali ragioni propongo che la questione 10 sia risolta nel senso che, nell'interpretare le disposizioni della direttiva 2004/18, sia consentita l'applicazione, come base interpretativa, del contenuto delle disposizioni e del preambolo della direttiva 2014/24, anche se non è scaduto il termine per la sua attuazione, nella misura in cui essa codifica la giurisprudenza che applica la direttiva 2004/18, o vi aggiunge dettagli, ma non è in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18 né fissa norme incondizionate o condizioni a svantaggio di operatori economici.

V – **Conclusione**

65. Sulla base delle ragioni che precedono, propongo che la Corte risponda come segue alle questioni sottoposte dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso):

Questioni 1, 2, 3, 5 e 6

Gli articoli 44 e 48, paragrafo 3, 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, letti in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, devono essere interpretati nel senso che la locuzione «se del caso» non impone alcuna limitazione rilevante alle circostanze in cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti al fine di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che avrà le capacità tecnologiche e professionali necessarie per l'esecuzione di un determinato appalto pubblico. La natura giuridica dei legami tra l'operatore economico e il soggetto terzo è irrilevante, ma l'operatore economico deve essere in grado di dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di avere effettivamente a disposizione tutti i mezzi per eseguire l'appalto alle condizioni previste. Un offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per dimostrare le sue capacità tecnologiche e professionali, con le limitazioni derivanti dalla natura e dallo scopo dell'appalto di cui è richiesta l'esecuzione.

Questione 4

28 — Ricordo qui la classica formulazione della Corte nella sua sentenza Fédesa e a. (C-331/88, EU:C:1990:391), punto 45, in cui si è statuito che «in linea di massima il principio della certezza delle situazioni giuridiche ost[a] a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato». Tali condizioni necessarie ai fini della retroattività non si manifestano nella presente causa.

L'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, deve essere interpretato nel senso che, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a specificare qualsiasi condizione che comporti la preclusione del ricorso all'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 per dimostrare il soddisfacimento dei requisiti relativi alle capacità minime. All'amministrazione aggiudicatrice è altrimenti precluso di stabilire, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, condizioni o norme espresse relative alla possibilità per un offerente di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti e alle modalità di tale affidamento.

Questione 7

Il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, espresso all'articolo 2, della direttiva 2004/18 non consente che l'operatore economico, qualora sia ammissibile presentare l'offerta per un lotto dell'appalto, dopo la presentazione delle offerte dichiari a quale dei lotti dell'appalto debbano essere imputati i mezzi da esso indicati volti a dimostrare il soddisfacimento delle condizioni di partecipazione alla procedura.

Questioni 8 e 9

L'articolo 2 della direttiva 2004/18 impone l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica se un candidato che soddisfa i criteri di partecipazione all'aggiudicazione dell'appalto non è stato invitato all'asta elettronica.

Questione 10

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/CE può essere usata come base interpretativa per la direttiva 2004/18, anche se deve ancora scadere il termine per l'attuazione della direttiva 2014/24, ma solo nella misura in cui essa codifica la giurisprudenza in cui è stata applicata la direttiva 2004/18, o vi aggiunge dettagli, e nella misura in cui le disposizioni rilevanti della direttiva 2014/24 non sono in contrasto con le disposizioni della direttiva 2004/18 né fissano norme incondizionate o condizioni a svantaggio di operatori economici.