CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NILS WAHL
presentate l'11 maggio 2017 (1)

Causa C−223/16

Casertana Costruzioni Srl

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti -Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise
Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.DI.S.
Chiamati in causa:
Consorzio Stabile Infratech,
W.E.E. Water Environment Energy SpA,
Massimo Fontana,
Studio Tecnico Associato Thinkd,
Claudio Della Rocca,
Nicola Maione,
Vittorio Ciotola,
FIN.SE.CO SpA,
Edilgen SpA,
Site Srl

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Appalti pubblici – Articolo 47, paragrafo 2, e articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE – Articolo 63 della direttiva 2014/24/UE – Affidamento del concorrente sulle capacità di altri soggetti – Esclusione automatica dalla procedura di gara, prevista dalla normativa nazionale, di un concorrente che fa affidamento sulle capacità di un altro soggetto che, nel corso di tale procedura, perde le capacità richieste – Interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione – Principio di proporzionalità – Forza maggiore»

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame verte sull'interpretazione degli articoli 47, paragrafo 2, 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 (2).

2. In sostanza, il presente procedimento riguarda la questione se tali disposizioni ostino ad una normativa nazionale che prevede l'esclusione automatica, dalla procedura di gara, di un concorrente che fa affidamento sulle capacità di un altro soggetto che, durante la procedura, perde le capacità richieste (in prosieguo: la «normativa nazionale in questione»).

I. Ambito normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2004/18

3. L'articolo 47 della direttiva 2004/18, intitolato «Capacità economica e finanziaria», prevede, al paragrafo 2, quanto segue:

«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. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti».

4. L'articolo 48, paragrafo 3, della medesima direttiva («Capacità tecniche e professionali») così dispone:

«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».

2. Direttiva 2014/24

5. L'articolo 63, paragrafo 1, 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 (3) («Affidamento sulle capacità di altri soggetti»), stabilisce quanto segue:

«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.

L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

(…)».

6. Ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1, della medesima direttiva («Recepimento e disposizioni transitorie»):

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016. (...)».

B. Diritto nazionale

7. L’articolo 40 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (4) («Qualificazione per eseguire lavori pubblici»), dispone, tra l’altro, quanto segue:

«1. I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente.

2. Con il regolamento previsto dall’articolo 5, viene disciplinato il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150 000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all’importo dei lavori stessi. Con il regolamento di cui all’articolo 5 possono essere altresì periodicamente revisionate le categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie».

8. L’articolo 49 del decreto legislativo n. 163/2006 («Avvalimento») prevede, tra l’altro:

«Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell’attestazione SOA di altro soggetto».

II. Fatti, procedimento e questione pregiudiziale

9. Con bando trasmesso alla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea il 7 giugno 2013 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del 10 giugno 2013, il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e il Molise ha indetto una procedura aperta per l’affidamento della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e della realizzazione dei lavori, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara, concernenti il progetto «La Bandiera Blu» del Litorale Domitio, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. I lavori riguardavano principalmente infrastrutture di fognatura e di depurazione.

10. Nell’ambito di tale procedura, i concorrenti erano tenuti a dimostrare la loro capacità tecnica e professionale con la presentazione di un’attestazione rilasciata dalla SOA corrispondente alla natura e al valore delle opere oggetto del contratto di lavori rientranti nelle categorie OG 6, classifica VII (categoria prevalente), e OS 22, classifica VII.

11. Il Raggruppamento Temporaneo d’Imprese (un consorzio costituito ad hoc; in prosieguo: il «RTI»), composto dalla Casertana Costruzioni Srl e dalla Qatar Costruzioni Srl, ha preso parte alla gara. Al fine di soddisfare il requisito della pertinente classifica dell’attestazione SOA, esso ha fatto affidamento sui certificati SOA di due imprese terze. Una di queste imprese era il Consorzio Stabile Grandi Attività Progettuali (in prosieguo: il «Consorzio Stabile GAP»), in possesso di attestazione SOA per la categoria OS 22, classifica VII.

12. All’esito dello svolgimento della gara è risultato aggiudicatario il RTI Consorzio Stabile Infratech – SIBA S.p.A. – Idroeco Srl, mentre il RTI Casertana Costruzioni –- Qatar Costruzioni è risultato secondo miglior offerente.

13. La Casertana Costruzioni ha proposto ricorso contro tale decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Italia) (in prosieguo: il «TAR Campania»), sostenendo che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. Il Consorzio Stabile Infratech si costituiva in giudizio proponendo ricorso incidentale, sostenendo che il RTI Casertana Costruzioni – Qatar Costruzioni avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara in quanto, durante lo svolgimento di tale gara, il Consorzio Stabile GAP (l'impresa ausiliaria della mandante Qatar Costruzioni) aveva perduto la qualificazione per la classifica relativa alla OS 22, classifica VII. Con sentenza del 27 marzo 2015, il TAR Campania ha accolto il ricorso incidentale promosso dal Consorzio Stabile Infratech e ha quindi respinto il ricorso della Casertana Costruzioni.

14. La Casertana Costruzioni ha proposto appello contro la sentenza del TAR Campania al Consiglio di Stato italiano. Dinanzi a detto giudice, la Casertana Costruzioni ha affermato che l'esclusione automatica del suo RTI nel corso della procedura di gara, sulla base del fatto che una delle ausiliarie aveva perso la certificazione richiesta, senza la possibilità di sostituire tale impresa, sarebbe incompatibile con le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici. In particolare, la Casertana Costruzioni ha invocato l'articolo 47 della direttiva 2004/18 e l'articolo 63 della direttiva 2014/24 nonché il principio di proporzionalità.

15. Alla luce di ciò, dubitando della corretta interpretazione del diritto dell'Unione, il giudice del rinvio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE, come sostituiti dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE, ostino ad una disciplina normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente».

16. Osservazioni scritte sono state presentate dalla Casertana Costruzioni, dal Consorzio Stabile Infratech, dal governo italiano e dalla Commissione. Il Consorzio Stabile Infratech e la Commissione hanno inoltre presentato osservazioni orali all'udienza tenutasi il 15 marzo 2017.

III. Analisi

17. Un certo numero di osservazioni preliminari sembrano opportune al fine di individuare le questioni giuridiche sollevate nell'ambito del presente procedimento.

18. Dinanzi al giudice del rinvio, così come nel contesto del presente procedimento, la Casertana Costruzioni afferma in sostanza che le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici osterebbero ad una normativa nazionale che preveda l'esclusione automatica dalla procedura di gara di un concorrente che abbia fatto affidamento sul possesso delle capacità da parte di un altro soggetto il quale, nel corso di tale procedimento, ha perso i requisiti richiesti. Secondo la Casertana Costruzioni, il diritto dell'Unione imporrebbe agli Stati membri di permettere la sostituzione di tale soggetto con uno che possieda le capacità richieste.

19. A mio avviso, la questione vertente sulla possibilità per un concorrente di sostituire un terzo, sulle cui capacità ha fatto affidamento, non può essere esaminata in generale. Si dovrebbero distinguere tre ipotesi, a seconda del momento in cui si verifichi la perdita delle capacità richieste.

20. Tuttavia, per quanto riguarda la procedura di gara di cui trattasi nel procedimento principale, non è chiaro esattamente quando il Consorzio Stabile GAP abbia perso la capacità richiesta. Ciò mi costringe a discutere brevemente qui di seguito i tre diversi scenari, concentrandomi in particolare su quello che sembra il più probabile, sulla base delle informazioni contenute nel fascicolo della Corte.

21. In primo luogo, vorrei sottolineare che, se un terzo perde la capacità richiesta prima della scadenza del termine per il deposito delle offerte, il concorrente può sempre ritirare la sua offerta e presentarne una nuova basata sulla capacità di un altro terzo. Se il concorrente non lo fa, però, la sua offerta dovrebbe essere esclusa: l'offerta non soddisfa i criteri e i requisiti stabiliti nel bando di gara.

22. Di conseguenza, non vi è alcuna possibilità di sostituire un terzo che, allo scadere del termine per la ricezione delle offerte, non possieda la capacità richiesta. Permettere ad un concorrente di farlo costituirebbe una palese violazione dell'articolo 44, paragrafo 1, della direttiva 2004/18. Così, da questo punto di vista, la normativa nazionale in questione non appare incompatibile con le disposizioni della direttiva 2004/18.

23. In secondo luogo, questione diversa è il caso in cui un concorrente aggiudicatario di un contratto abbia il diritto di sostituire un terzo sulla cui capacità ha fatto affidamento, quando tale capacità è stata persa dopo l'aggiudicazione. Si tratta, tuttavia, di un problema che non è stato sollevato nel presente procedimento. Infatti, è pacifico che il Consorzio Stabile GAP ha perso la capacità richiesta prima che le autorità nazionali avessero adottato una decisione definitiva sull'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale.

24. Un terzo scenario – che, se la mia comprensione è corretta, è quello rilevante nel procedimento principale – è l'ipotesi in cui un terzo perde la capacità richiesta dopo la scadenza del termine per il deposito delle offerte, ma prima che l'autorità pubblica renda l'aggiudicazione definitiva.

25. A questo proposito, ritengo che non esista alcuna norma dell'Unione o principio generale del diritto che imponga alle autorità nazionali di permettere ai concorrenti, in detta situazione, di sostituire il terzo che abbia perso la capacità richiesta. Per i motivi che seguono, la mia opinione è che, analizzata anche da questo punto di vista, la norma nazionale in questione è compatibile con il diritto dell'Unione.

A. Applicabilità della direttiva 2014/24

26. Innanzitutto, si deve rilevare che le disposizioni della direttiva 2014/24 non sono applicabili ratione temporis al procedimento principale.

27. Secondo giurisprudenza costante, nel settore degli appalti pubblici 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 e risolve definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Al contrario, è inapplicabili una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (5).

28. Nel procedimento principale, il bando di gara per l'appalto in questione è stato pubblicato nel giugno 2013. La direttiva 2014/24 è stata, tuttavia, adottata il 26 febbraio 2014 e il termine per il suo recepimento è scaduto il 18 aprile 2016, vale a dire, dopo che il Consiglio di Stato ha deciso di proporre la presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

29. Per le parti è infatti pacifica l'inapplicabilità della direttiva 2014/24 nel procedimento principale.

B. Articolo 63 della direttiva 2014/24 come criterio di interpretazione

30. La Casertana Costruzioni ritiene comunque che l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 debbano essere interpretati alla luce dell'articolo 63 della direttiva 2014/24. Essa sostiene ciò, in particolare, in quanto quest'ultima disposizione corrisponde agli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18.

31. Non ritengo che gli argomenti della Casertana Costruzioni siano convincenti.

32. Nella sentenza Partner Apelski Dariusz, la Corte ha evidenziato che, in linea di principio, l'interpretazione di una disposizione giuridica esistente alla luce, ad esempio, di una disposizione non ancora in vigore può essere opportuna solo quando vi è la necessità di «dissipare un dubbio interpretativo relativo al contenuto» della prima disposizione. Al contrario, un tale metodo di interpretazione è inutile quando non vi è alcun dubbio interpretativo da dissipare relativamente alla previsione in questione (6).

33. Proprio tale ipotesi ricorre nel caso di specie. A mio avviso, non vi è alcuna necessità di ricorrere all'articolo 63 della direttiva 2014/24 al fine di interpretare gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 in quanto queste ultime disposizioni non sono, come verrà spiegato nei successivi paragrafi da 40 a 43, per nulla ambigue.

34. Ad ogni modo, nella sentenza Partner Apelski Dariusz la Corte ha anche respinto un argomento molto simile a quello proposto dalla Casertana Costruzioni. Anche in quel caso, una delle parti sosteneva che l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 dovesse essere interpretato alla luce dell'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

35. La Corte ha tuttavia sottolineato che «l'articolo 63 [della] direttiva [2014/24] apporta modifiche sostanziali per quanto concerne il diritto degli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di un appalto pubblico». La Corte ha proseguito sottolineando che, «lungi dal porsi in continuità con l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 e chiarirne la portata, l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 introduce nuove condizioni che non erano previste nel precedente regime giuridico». Ciò considerato, la Corte concludeva che l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 non poteva essere utilizzato come criterio per interpretare l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18. Un diverso approccio avrebbe «anticipa[to] illegittimamente l'applicazione di un regime giuridico nuovo, diverso da quello previsto dalla direttiva 2004/18, e sarebbe manifestamente contrario al principio di certezza del diritto degli operatori economici» (7).

36. Lo stesso ragionamento è valido, mutatis mutandis, nel presente procedimento. Permettendo agli operatori economici di sostituire i soggetti che devono essere esclusi o che non soddisfano i criteri rilevanti, l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 introduce palesemente nuovi elementi rispetto alle norme di cui agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18.

37. Né è possibile sostenere che il giudice del rinvio abbia l'obbligo di interpretare la vecchia direttiva in conformità con la nuova direttiva ai sensi della giurisprudenza Inter-Environnement Wallonie (8). È vero che, secondo tale orientamento giurisprudenziale, la Corte ha dichiarato che, in

pendenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa (9).

38. Tuttavia, tale obbligo di astenersi dall'adottare misure che possano compromettere gravemente la realizzazione del risultato prescritto da una direttiva in pendenza del suo termine di recepimento non può essere inteso nel senso di dover interpretare le norme nazionali applicabili in conformità a tale direttiva. Come la Corte ha precisato nella sentenza Adeneler, «l'obbligo generale che incombe ai giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva [non attuata] esiste solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima» (10). In tal modo, la Corte si è rifiutata di accogliere il parere di alcuni avvocati generali, che avevano suggerito – proprio sulla base della giurisprudenza Inter-Environnement Wallonie – di applicare l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme alle direttive non recepite anche prima della scadenza del termine previsto per la loro attuazione (11).

39. Di conseguenza, nel presente procedimento, l'articolo 63 della direttiva 2014/24 non può essere utilizzato come criterio per l'interpretazione degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18.

C. Articolo 47, paragrafo 2, e articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18

40. Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono ad ogni operatore economico il diritto di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per l'esecuzione di tale appalto (12).

41. Tuttavia, la direttiva 2004/18 non contiene alcuna disposizione che imponga esplicitamente agli Stati membri di consentire ai concorrenti di sostituire soggetti economici sui quali hanno fatto affidamento, quando tali soggetti devono essere esclusi o non soddisfano i criteri rilevanti. Né vi è alcuna disposizione, in tale direttiva, che possa essere letta come implicitamente contenente una norma o principio simile.

42. Così, l'eventuale sostituzione di terzi sui quali un offerente ha fatto affidamento ai fini degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 è un aspetto che, in linea di principio, spetta agli Stati membri regolamentare (13). Non va dimenticato, in questo contesto, che la direttiva 2004/18 è un atto di armonizzazione minima (14), che lascia una certa discrezionalità regolamentare agli Stati membri per quanto non espressamente ivi regolato.

43. In tale contesto, ci si potrebbe, tuttavia, chiedere se la normativa nazionale in questione possa nondimeno violare la direttiva 2004/18, in particolare alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione.

44. Tale questione va risolta, a mio parere, in senso negativo. Gli argomenti della Casertana Costruzioni, che fa valere in primo luogo le disposizioni della direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità e il ricorso alla forza maggiore, non sono convincenti. Al contrario, mi sembra che tale norma sia pienamente conforme alle disposizioni della direttiva 2004/18, come interpretate dalla Corte.

1. Principi della parità di trattamento e di trasparenza

45. Secondo una giurisprudenza costante, i principi di parità di trattamento e non discriminazione e l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un concorrente 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 concorrente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri (15).

46. Tuttavia, la Corte ha spiegato che la direttiva 2004/18 non osta a che i dati relativi all'offerta possano essere corretti o completati su singoli e specifici punti, in particolare quando evidentemente necessitino di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti (16).

47. A mio avviso, consentire ad un concorrente di sostituire un soggetto sulle cui capacità ha inteso fare affidamento non può essere considerato né come un chiarimento, né come la correzione di errori materiali della propria offerta. In realtà, tale cambiamento sembra costituire una modifica di un elemento importante dell'offerta che è pertanto, in linea di principio, inammissibile.

48. Tale posizione è stata espressa anche nelle recenti conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa Esaprojekt,in cui ha affrontato la questione dal punto di vista dell'articolo 51 della direttiva 2004/18 (17). Egli ha ritenuto che «ad un offerente non possa essere consentito, in via di principio, dimostrare che soddisfa i requisiti tecnici e professionali di una gara d'appalto basandosi sull'esperienza di terzi alla quale non ha fatto riferimento prima della scadenza del termine per presentare l'offerta». A suo parere, affidandosi a un diverso terzo, l'offerente altera «l'identità stessa dei soggetti che eseguono l'opera o, quantomeno, dei soggetti la cui esperienza è necessaria per eseguire l'opera». Ciò costituisce, a suo parere, «una modifica sostanziale che incide su un elemento fondamentale della procedura» (18).

49. Inoltre, egli ha ritenuto che un tale cambiamento possa comportare che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a effettuare ulteriori verifiche, e potrebbe anche influenzare la scelta dei candidati invitati a presentare un'offerta. Inoltre, egli ha osservato che dare ad un concorrente una seconda possibilità di decidere di quali capacità dei soggetti intenda avvalersi «potrebbe procurargli certamente un vantaggio che sarebbe in contrasto con il requisito della parità di trattamento» (19).

50. Sono d'accordo. Vorrei anche aggiungere che sostenere la tesi della Casertana Costruzioni comporterebbe essenzialmente la creazione di una norma giurisprudenziale che concederebbe la possibilità di modificare le offerte in una fase avanzata, possibilità che, alla luce delle norme nazionali e dell'Unione vigenti, non era prevedibile da parte degli altri concorrenti. Come già rilevato, ciò sarebbe difficilmente conciliabile con il principio della parità di trattamento, né sarebbe compatibile con l'obbligo di trasparenza imposto alle autorità pubbliche. Infatti, né la normativa italiana né quella dell'Unione prevedevano all'epoca tale possibilità, e non vi era una disposizione specifica a tal riguardo inclusa nel bando di gara.

51. A tal proposito, occorre ricordare che il principio di parità di trattamento «impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti». A sua volta, l'obbligo di trasparenza «ha lo scopo 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» (20).

52. Tale interpretazione degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 è, a mio avviso, confermata da altre sentenze della Corte.

53. In primo luogo, nella sentenza Wall, la Corte ha dichiarato che «la sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica [sostanziale] di uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione del contratto» (21). A questo proposito, è interessante notare che, in quel caso, la Corte si è occupata di un contratto di concessione di servizi: un settore non disciplinato da nessuna delle direttive con le quali il legislatore dell'Unione ha regolamentato il settore degli appalti pubblici. Pertanto, le sue conclusioni su questo punto si basavano solo sugli (attuali) articoli 49 TFUE e 56 TFUE (22).

54. È interessante notare come, nelle sue conclusioni nella stessa causa, l'avvocato generale Bot abbia sottolineato che si potrebbe ritenere che il cambiamento di un subappaltatore (nonostante sia consentito nelle clausole dell'appalto) «modifichi di per sé un termine essenziale della concessione e [quindi] imponga una nuova procedura di gara» perché, in particolare, «il concessionario si è avvalso della fama e dell'esperienza tecnica del subappaltatore al momento della presentazione dell'offerta» (23).

55. Il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Wall è a maggior ragione applicabile nel caso di specie. In effetti, il settore interessato dal procedimento principale è disciplinato da una direttiva specifica: all'epoca dei fatti, dalla direttiva 2004/18. Inoltre, la perdita delle capacità richieste non si è verificata dopo l'aggiudicazione, ma in una fase precedente.

56. È ancora più importante che, come nel caso Wall, nel procedimento principale il cambiamento di un terzo potrebbe aver alterato un elemento essenziale dell'offerta: per la Casertana Costruzioni era necessario fare affidamento sulle capacità di tali terzi al fine di essere in grado di qualificarsi per la gara.

57. In secondo luogo, nella sentenza Idrodinamica Spurgo Velox e a.,la Corte ha stabilito che «la decisione volta ad autorizzare la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario implica una modifica rispetto alla decisione di aggiudicazione che può essere ritenuta sostanziale se, alla luce delle particolarità della procedura di appalto di cui trattasi, essa riguarda uno degli elementi essenziali che hanno determinato l'adozione della decisione di aggiudicazione. In tale ipotesi sarebbe necessario applicare le misure pertinenti previste dal diritto nazionale al fine di porre rimedio a tale situazione irregolare, che possono implicare anche l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione» (24).

58. La logica dietro la decisione della Corte è la medesima della sentenza Wall. Un concorrente non può modificare un elemento essenziale della sua offerta dopo la presentazione della stessa. A mio avviso, le capacità di un terzo che permettono a un concorrente di partecipare ad una gara di appalto difficilmente possono essere considerate come un elemento non essenziale di un'offerta. La conclusione avrebbe potuto essere diversa, ovviamente, se il concorrente stesso avesse posseduto le capacità richieste o se si fosse basato, per lo stesso requisito, su più di un soggetto con tali capacità (25).

59. Vero è che, nella sentenza Forposta, la Corte ha dichiarato che le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici non consentono, in determinate situazioni, normative nazionali che «imponga[no] a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico» (26). Tuttavia, in quel caso, la normativa nazionale in questione era in contrasto con la stessa formulazione della direttiva 2004/18 (27).

60. Infatti, la normativa oggetto del sindacato della Corte prevedeva che una situazione di «errore professionale grave» avrebbe comportato l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso quando, a causa di circostanze delle quali l'operatore economico era responsabile, l'amministrazione aggiudicatrice avesse annullato o rescisso un contratto con tale operatore economico nel quadro di un precedente appalto pubblico. Tale situazione è stata, però, espressamente disciplinata all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18. Così, alterando la portata dell'esclusione prevista da tale disposizione, lo Stato membro in questione aveva violato il potere discrezionale di cui godeva in forza di detta direttiva.

61. Pertanto, la sentenza Forposta non avvalora l'interpretazione degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 suggerita dalla Casertana Costruzioni.

D. Principio di proporzionalità

62. Successivamente, la Casertana Costruzioni deduce che la normativa nazionale in questione violerebbe il principio di proporzionalità. Essa ritiene che tale regola ecceda quanto necessario per realizzare gli scopi perseguiti dalla direttiva 2004/18, ivi compresa l'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici, indipendentemente dalle loro dimensioni.

63. A tale proposito, è sufficiente osservare che, benché le norme sugli appalti pubblici invero perseguano l'obiettivo dell'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici, comprese le piccole e medie imprese (PMI) (28), tale obiettivo deve ovviamente conciliarsi con gli altri obiettivi perseguiti da tale direttiva, nonché con alcuni principi fondamentali alla base del quadro giuridico istituito da tale direttiva.

64. Come spiegato nei precedenti paragrafi da 45 a 51, l'interpretazione degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 proposta dalla Casertana Costruzioni non sembra coerente con i principi di parità di trattamento e di trasparenza. Questi sono due principi della massima rilevanza nel contesto delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici (29).

65. In ogni caso, mi è difficile immaginare come il principio di proporzionalità possa offrire sostegno all'interpretazione degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 proposta dalla Casertana Costruzioni. In parole semplici, la Casertana Costruzioni in realtà non propone di leggere dette disposizioni alla luce di tale principio. Piuttosto, essa si riferisce a questo principio come a un mezzo per introdurre una nuova norma che non discende da tali disposizioni; una norma che, di fatto, è stata introdotta solo dalla direttiva 2014/24.

E. Forza maggiore

66. Da ultimo, tratterò solo incidentalmente l'argomento, addotto dalla Casertana Costruzioni, riguardante una possibile ipotesi di forza maggiore. In sostanza, tale impresa sostiene che un concorrente non possa essere ritenuto responsabile per la perdita da parte di terzi delle capacità

richieste nel corso della procedura di gara, quando la perdita è dovuta ad eventi non prevedibili del concorrente e indipendenti dalla sua volontà.

67. Tale argomento merita poca attenzione. La soglia prevista per il caso di forza maggiore – qualora questo principio sia applicabile alla situazione di cui trattasi, cosa di cui dubito – è molto alta, e chiaramente non è soddisfatta nel caso di specie.

68. Per giurisprudenza costante la forza maggiore «presuppone che la causa esterna invocata dai soggetti di diritto abbia conseguenze ineluttabili ed inevitabili al punto di rendere obiettivamente impossibile per gli interessati l'osservanza dei loro obblighi» (30).

69. Mi sembra evidente che i concorrenti siano – e dovrebbero essere – responsabili per le scelte fatte per quanto riguarda i soggetti sulle cui capacità intendono fare affidamento. Tali scelte sono decisioni aziendali di grande importanza. Un concorrente prudente deve valutare attentamente e verificare i requisiti dei suoi potenziali soci commerciali. Facendo affidamento su di loro, egli si impegna nei confronti del committente. Non si può sostenere che la possibilità che un terzo possa perdere le capacità richieste per una determinata certificazione pubblica sia inesorabile e inevitabile.

70. Come la Corte ha sostenuto nella sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 consentono ai concorrenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per provare che soddisfano un livello minimo di capacità. Pertanto, un concorrente prudente potrebbe prendere in considerazione, al momento della presentazione di un'offerta, il fatto di fare affidamento sulle capacità di più di un soggetto al fine di evitare le conseguenze negative che deriverebbero dall'eventualità che uno di tali soggetti perda le capacità richieste(31).

71. Un atteggiamento permissivo verso la possibilità per i concorrenti di cambiare i loro soci commerciali conferirebbe di fatto un vantaggio ingiusto alle imprese irresponsabili e negligenti rispetto a quelle prudenti e attente. È facile pensare che mantenere un'impresa in grado di garantire – non solo per il presente ma anche per il futuro – la necessaria solidità, stabilità e professionalità può essere più costoso che mantenere un'impresa senza queste qualità.

72. Alla luce di quanto precede, ritengo che gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18 non ostino a una disposizione nazionale quale la normativa nazionale in questione.

IV. Conclusione

73. In conclusione, propongo alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato (Italia) dichiarando quanto segue:

Secondo una corretta interpretazione, gli articoli 47 e 48 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, non ostano ad una normativa nazionale che esclude automaticamente, dalla procedura di gara, un concorrente che abbia fatto affidamento sulle capacità di un altro soggetto quando tale soggetto perde in un momento successivo le capacità richieste.

1 Lingua originale: l'inglese

2 GU 2004, L 134, pag. 114, e rettifica in GU 2004, L 351, pag. 44.

3 GU 2014, L 94, pag. 65.

4 GURI Serie generale n. 100 del 2 maggio 2006.

5 V. sentenza del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti, C−213/13, EU:C:2014:2067, punto 31 e giurisprudenza ivi citata. Per quanto riguarda la direttiva 2014/24, v. sentenze del 26 marzo 2015, Ambisig, C−601/13, EU:C:2015:204, punto 24, e del 2 giugno 2016, Pizzo, C−27/15, EU:C:2016:404, punto 31.

6 Sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C−324/14, EU:C:2016:214, punto 92.

7 Ibidem, punti da 87 a 94.

8 Sentenza del 18 dicembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, C−129/96, EU:C:1997:628.

9 Ibidem, punto 45. Più di recente, v. anche sentenza del 4 maggio 2016, Commissione/Austria, C−346/14, EU:C:2016:322, punto 50.

10 Sentenza del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C−212/04, EU:C:2006:443, punto 115.

11 V. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Hansa Fleisch Ernst Mundt, C−156/91, EU:C:1992:279, paragrafo 23; conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa Mangold, C−144/04, EU:C:2005:420, paragrafo 120; e conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Adeneler e a., C−212/04, EU:C:2005:654, paragrafi 42 e segg.

12 Sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C−94/12, EU:C:2013:646, punto 29.

13 V., in tal senso, per analogia, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C−396/14, EU:C:2016:347, punto 35.

14 Conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nella causa Commissione/Germania, C−160/08, EU:C:2010:67, nota 43 e giurisprudenza ivi citata.

15 V. sentenze del 10 ottobre 2013, Manova, C−336/12, EU:C:2013:647, punto 31; e del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C−324/14, EU:C:2016:214, punto 62.

16 V., tra le altre, sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C−599/10, EU:C:2012:191, punto 40.

17 L'articolo 51 della direttiva 2004/18 («Documenti e informazioni complementari») prevede quanto segue: «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».

18 Conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa Esaprojekt, C−387/14, EU:C:2016:899, paragrafi 29 e 30.

19 Ibidem, paragrafo 31.

20 V. sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C−42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e la giurisprudenza ivi citata.

21 Sentenza del 13 aprile 2010, Wall, C−91/08, EU:C:2010:182, punto 39.

22 Ibidem, punto 33.

23 V. conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa Wall, C−91/08, EU:C:2009:659, paragrafi da 63 a 67.

24 Sentenza dell'8 maggio 2014, Idrodinamica Spurgo Velox e a., C−161/13, EU:C:2014:307, punto 39.

25 V., per analogia, sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C−396/14, EU:C:2016:347, punti 43 e 44.

26 Sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C−465/11, EU:C:2012:801, punto 41.

27 Ibidem, punti da 37 a 40.

28 V., ad esempio, conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C−94/12, EU:C:2013:130, paragrafo 33.

29 V., ad esempio, articolo 2 della direttiva 2004/18.

30 V., inter alia, sentenza del 17 ottobre 2013, Billerud Karlsborg e Billerud Skärblacka, C−203/12, EU:C:2013:664, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

31 Sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C−94/12, EU:C:2013:646, punti da 30 a 32.