

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET

presentate il 4 giugno 2015 (1)

Causa C-234/14

Ostas celtnieks SIA

contro

Talsu novada pašvaldība,
Iepirkumu uzraudzības birojs

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Augstaka tiesa (Lettonia)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articoli 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3 – Operatore economico che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti – Obbligo di concludere con questi altri soggetti un contratto di partenariato o di costituire una società in nome collettivo – Clausola di responsabilità individuale e solidale dell'offerente e di altri soggetti»

I – Introduzione

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale, depositata presso la cancelleria della Corte il 12 maggio 2014, si colloca nell'ambito di una controversia fra la Ostas celtnieks SIA (in prosieguo: la «Ostas celtnieks»), da un lato, e la Talsu novada pašvaldība (autorità locale del dipartimento di Talsi; in prosieguo: l'«Autorità») e l'Iepirkumu uzraudzības birojs (ufficio di vigilanza sugli appalti pubblici; in prosieguo: l'«Ufficio»), dall'altro.

2. L'Autorità ha avviato una procedura di appalto pubblico per il miglioramento delle infrastrutture stradali, al fine di facilitare l'accesso a Talsi. Il capitolato d'oneri del bando di gara indetto dall'Autorità prevedeva, segnatamente, che, nel caso in cui un offerente avesse fatto affidamento sulle capacità di altri soggetti, esso, prima della conclusione del contratto, avrebbe dovuto concludere un accordo di partenariato con tali soggetti oppure costituire una società in nome collettivo. L'accordo di partenariato avrebbe dovuto segnatamente prevedere la responsabilità individuale e solidale dell'offerente e degli altri soggetti.

3. La Ostas celtnieks contesta la legittimità di tali condizioni del capitolato d'oneri.

4. Tale domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione 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). Il giudice del rinvio si domanda più specificamente se tale direttiva osti o meno all'inserimento in un capitolato d'oneri di condizioni come quelle previste nel procedimento principale.

II – Contesto normativo

A – Il diritto dell'Unione

5. Il considerando 45 della direttiva 2004/18 così recita:

«La presente direttiva prevede la possibilità per gli Stati membri di istituire elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori o di prestatori di servizi o una certificazione da parte di organismi pubblici o privati, nonché gli effetti di una siffatta iscrizione o di un siffatto certificato nel quadro di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici in un altro Stato membro. Per quanto riguarda l'elenco ufficiale di operatori economici riconosciuti, si deve tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso in cui un operatore economico facente parte di un gruppo si avvale della capacità economica, finanziaria o tecnica di altre società del gruppo a sostegno della sua domanda di iscrizione. In tal caso spetta all'operatore economico comprovare che disporrà effettivamente di detti mezzi durante tutta la durata di validità dell'iscrizione. Ai fini di detta iscrizione, uno Stato membro può quindi determinare livelli di esigenze da raggiungere ed in particolare, ad esempio, allorché detto operatore si avvale della capacità finanziaria di un'altra società del gruppo, l'impegno, se necessario solidale, di quest'ultima società».

6. L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 prevede quanto segue:

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

7. Ai sensi dell'articolo 25 di tale direttiva:

«Nel capitolato d'onori 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.

Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'operatore economico principale».

8. Secondo l'articolo 26 di detta direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto [dell'Unione] e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onori. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali».

9. L'articolo 44 della medesima direttiva dispone:

«1. L'aggiudicazione degli appalti avviene (...) previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi (...) 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 (...).

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 nonché i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

(...».

10. L'articolo 47 della direttiva 2004/18 prevede, ai suoi paragrafi 2 e 3:

«2. 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.

3. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti».

11. L'articolo 48 di tale direttiva dispone, ai suoi paragrafi 3 e 4:

«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.

4. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti».

B – La normativa nazionale

12. La legge in materia di appalti pubblici [Publisko iepirkumu likums, Latvijas Vestnesis, 2006, n. 65 (3433)], traspone nel diritto lettone la direttiva 2004/18.

13. Si evince dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che tale legge prevede, agli articoli 41 («Capacità economica e finanziaria»), paragrafo 3 e 42 («Capacità tecniche e/o professionali»), paragrafo 3, che l'aggiudicatario può fare affidamento sulle capacità di altri imprenditori, a prescindere dalla natura giuridica dei legami che li uniscono, quando ciò sia necessario per l'esecuzione di un appalto specifico. L'aggiudicatario deve, in tal caso, dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse necessarie, presentando attestazioni o accordi di tali imprenditori (3).

14. La normativa di base di un accordo di partenariato è contenuta al Capo XVI del codice civile lettone, mentre i requisiti imposti agli operatori economici per la creazione e il funzionamento di una società in nome collettivo figurano al Titolo IX del codice commerciale.

III – I fatti all'origine della controversia principale e la questione pregiudiziale

15. L'Autorità ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ai fini del miglioramento delle infrastrutture stradali.

16. Il punto 9.5 del capitolato d'oneri, approvato il 29 novembre 2011, così recita:

«(...) qualora faccia affidamento sulle capacità di altri imprenditori, l'offerente deve indicarne l'identità e provare che disporrà dei mezzi necessari. Se l'appalto sarà aggiudicato a detto offerente, quest'ultimo e gli imprenditori indicati devono concludere un accordo di partenariato prima dell'aggiudicazione e comunicarlo all'amministrazione aggiudicatrice».

17. Secondo il giudice del rinvio, l'accordo di partenariato dovrà comprendere:

«1) una clausola nella quale si stabilisce che ciascuno individualmente e tutti solidalmente è/sono responsabile/i dell'esecuzione dell'appalto;

2) [l'indicazione del]l'operatore economico principale autorizzato a firmare il contratto di appalto pubblico e a dirigerne l'esecuzione;

3) la descrizione della parte dei lavori che sarà eseguita da ciascuno dei partecipanti;

4) il volume dei lavori che ciascun partecipante deve eseguire, espresso in percentuale.

La conclusione di un accordo di partenariato può essere sostituita dalla costituzione di una società in nome collettivo».

18. La Ostas celtnieks ha contestato dinanzi all'Ufficio varie condizioni del capitolato d'oneri, e in particolare il punto 9.5.

19. Con decisione del 13 febbraio 2012, l'Ufficio ha accolto le obiezioni della Ostas celtnieks in relazione ad alcuni punti, respingendo però quelle relative al punto 9.5 del capitolato d'oneri. L'Ufficio ha osservato che, con tale punto, l'amministrazione aggiudicatrice aveva di fatto indicato il modo in cui l'aggiudicatario poteva dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice di disporre per tutta la durata del contratto dei mezzi necessari sui quali fa affidamento.

20. La Ostas celtnieks ha proposto un ricorso dinanzi all'Administrativa rajona tiesa (Tribunale amministrativo distrettuale) chiedendo che venisse dichiarata l'illegittimità parziale della decisione dell'Ufficio con riferimento a più capi, e in particolare in relazione a quello concernente il punto 9.5 del capitolato d'oneri.

21. Con decisione del 7 maggio 2013, l'Administrativa rajona tiesa ha dichiarato la parziale illegittimità del punto 9.5 del capitolato d'oneri.

22. Secondo tale giudice, non risulta né dalla legge sugli appalti pubblici lettone né dalla direttiva 2004/18 la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di imporre ad un offerente un obbligo di presentare un impegno di concludere un accordo di partenariato con altri soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di esigere dal medesimo la conclusione di un accordo simile o la costituzione con detti soggetti di una società in nome collettivo. Secondo l'Administrativa rajona tiesa, un operatore economico può ricorrere alle capacità di altri soggetti per un appalto specifico a prescindere dalla natura giuridica dei legami che li uniscono.

23. L'Autorità e l'Ufficio hanno interposto ricorsi per cassazione avverso tale decisione dinanzi al giudice del rinvio. Essi sostengono ivi che il punto 9.5 del capitolato d'oneri è giustificato per ridurre il rischio di mancata esecuzione dell'appalto, in quanto, in assenza di un obbligo di concludere un accordo, l'amministrazione aggiudicatrice non ha la possibilità di controllare che l'esecuzione dell'appalto avvenga conformemente all'offerta presentata e che gli imprenditori sulle cui capacità l'aggiudicatario fa affidamento non rinneghino i loro impegni.

24. Secondo l'Autorità e l'Ufficio, i termini «a prescindere dalla natura giuridica dei legami che li uniscono» (4) si riferiscono alle relazioni esistenti in generale tra un aggiudicatario e un imprenditore sulle cui capacità il primo fa affidamento. Essi ritengono che la legge lettone sugli

appalti pubblici non stabilisca il modo in cui l'aggiudicatario può dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, e che ciò spetti dunque all'amministrazione aggiudicatrice.

25. Essi ritengono, parimenti, che, poiché la legge lettone sugli appalti pubblici ha trasposto le disposizioni della direttiva 2004/18, occorra tenere conto anche dell'interpretazione delle disposizioni di tale direttiva nella giurisprudenza della Corte. Essi rilevano inoltre che, nelle sentenze *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133) e *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, EU:C:1997:636), la Corte ha dichiarato che, al fine di ridurre al minimo i rischi dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima doveva verificare che gli offerenti avessero effettivamente a disposizione i mezzi pertinenti.

26. Il giudice del rinvio rileva che si evince da varie sentenze della Corte che l'amministrazione aggiudicatrice doveva parimenti verificare le capacità dei subappaltatori di eseguire l'appalto (5).

27. Esso osserva, segnatamente, che, al punto 33 della sentenza *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), la Corte dichiara «che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto».

28. Secondo il giudice del rinvio, l'amministrazione aggiudicatrice ha non solo la facoltà ma anche l'obbligo di verificare le capacità dell'offerente di eseguire l'appalto. Tuttavia, esso ritiene che non venga risolta in maniera chiara la questione se l'amministrazione aggiudicatrice possa decidere che l'unica procedura ammissibile per procurarsi capacità supplementari consista nella costituzione di un certo tipo di società o nella conclusione di un accordo di partenariato o se, al contrario, l'impresa offerente sia libera di scegliere la forma nella quale ottenere tali capacità.

29. Alla luce di tali circostanze, l'*Augstaka tiesa* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se le disposizioni della direttiva 2004/18 debbano essere interpretate nel senso che non ostano a che, al fine di ridurre il rischio di mancata esecuzione di un appalto, venga stabilito nel capitolato d'oneri il requisito in base al quale, qualora l'appalto sia aggiudicato a un offerente che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti, detto offerente deve concludere con i suddetti soggetti, prima dell'aggiudicazione di detto appalto, un accordo di partenariato (il quale includa i punti specificati nel capitolato d'oneri) o costituire con questi una società in nome collettivo».

IV – Il procedimento dinanzi alla Corte

30. Hanno depositato osservazioni scritte i governi lettone e greco, nonché la Commissione europea. La *Ostas celtnieks*, il governo lettone e la Commissione hanno formulato osservazioni orali durante l'udienza che si è tenuta il 16 aprile 2015.

V – Analisi

A – Osservazioni preliminari

31. Occorre rilevare che se la questione sottoposta alla Corte dal giudice del rinvio non specifica alcuna disposizione concreta della direttiva 2004/18, la domanda di pronuncia pregiudiziale fa

riferimento ai suoi articoli 25 («Subappalto»), 26 («Condizioni di esecuzione dell'appalto»), 47 («Capacità economica e finanziaria»), 48 («Capacità tecniche e professionali») e al suo considerando 45.

32. Inoltre, si evince dalla decisione di rinvio che la controversia principale verte unicamente sul punto 9.5 del capitolato d'oneri controverso, il quale prevede che, qualora un offerente faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, lo stesso deve indicarne l'identità e provare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà di tutti i mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, mediante la presentazione di un impegno di tali soggetti a concludere un accordo di partenariato (6) o a costituire con l'offerente una società in nome collettivo prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

33. Ritengo pertanto che con la questione sottoposta alla Corte dal giudice del rinvio si chieda se gli articoli 47, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 (relativo alla capacità economica e finanziaria degli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione) e 48, paragrafo 3, di tale direttiva (relativo alle capacità tecniche e/o professionali di tali operatori) ostino ad una clausola contenuta in un capitolato d'oneri che impone ad un offerente che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti l'obbligo di concludere con questi ultimi un accordo di partenariato o di costituire con gli stessi una società in nome collettivo prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

34. Tuttavia, secondo la Commissione, il testo di questo punto del capitolato d'oneri fa pensare che la disposizione specifica relativa alla conclusione di un accordo di partenariato o alla costituzione di una società in nome collettivo riguardi unicamente la fase successiva alla selezione ed anteriore all'aggiudicazione dell'appalto, e che interessi soltanto l'offerente prescelto, al quale l'amministrazione aggiudicatrice intende attribuire l'appalto. Questa disposizione specifica corrisponderebbe pertanto alle condizioni di esecuzione dell'appalto, nei termini in cui sono definite all'articolo 26 della direttiva 2004/18.

35. Ritengo, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, che i requisiti imposti dal punto 9.5 del capitolato d'oneri si riferiscano ai livelli minimi, da un lato, di capacità economica e finanziaria e, dall'altro, di capacità tecniche e/o professionali richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi degli articoli 44, paragrafo 2, 47 e 48 della direttiva 2004/18, che un offerente deve soddisfare affinché la sua offerta venga presa in considerazione (7), e non alle condizioni di esecuzione dell'appalto ai sensi dell'articolo 26 di tale direttiva. Infatti, se, in applicazione di tale articolo 26, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari di esecuzione nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, sembra che, alla luce degli esempi da esso forniti delle condizioni di esecuzione, ossia che esse «possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali» (8), tale articolo non verta sulla capacità economica e finanziaria o sulle capacità tecniche e professionali dell'offerente di eseguire l'appalto, requisiti previsti dagli articoli 44, paragrafo 2, 47 e 48 della direttiva 2004/18.

36. Inoltre, gli obblighi di un offerente che si avvale delle capacità di altri soggetti, consistenti, da un lato, nel provare all'amministrazione aggiudicatrice che esso disporrà di tutti i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, mediante la presentazione di un impegno di questi soggetti di concludere un accordo di partenariato e, dall'altro, nel concludere un accordo di partenariato con tali soggetti oppure nel costituire una società in nome collettivo prima dell'aggiudicazione dell'appalto, sono strettamente connessi e non debbono essere separati artificialmente.

37. Tali obblighi hanno ad oggetto la capacità economica e finanziaria dell'offerente, nonché le capacità professionali e tecniche, e più specificamente, il modo in cui, in conformità degli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18, l'offerente deve dimostrare che disporrà dei mezzi necessari per

l'esecuzione dell'appalto, qualora esso ricorra segnatamente a subappaltatori. La loro inosservanza costituisce un motivo per escluderlo dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

B – Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18

38. La normativa dell'Unione europea non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita. È sufficiente che tale soggetto sia in condizioni di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine. Sia dalla normativa dell'Unione sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi ad un appalto pubblico qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati nel bando di gara di tale appalto, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli articoli da 44 a 52 della direttiva 2004/18 (9).

39. «Ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2004/18, un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere ai candidati o offerenti di soddisfare livelli minimi di capacità economica e finanziaria nonché di capacità tecniche e professionali, conformemente agli articoli 47 e 48 della medesima direttiva. Ciò posto, detta amministrazione aggiudicatrice deve tenere conto del diritto che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono ad ogni operatore economico 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 eseguire tale appalto» (10).

40. Rilevo, a tal riguardo, che, per quanto ogni operatore economico abbia il diritto di fare affidamento, per un appalto determinato, sulle capacità di altri soggetti, egli è tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi e delle risorse di tali soggetti o imprese che non possiede in proprio e che sono necessari per l'esecuzione dell'appalto (11).

41. L'amministrazione aggiudicatrice, come precisato dall'articolo 44, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, deve procedere alla verifica dell'idoneità dell'offerente, segnatamente, a darle la garanzia che questi avrà effettivamente a disposizione tutti i mezzi di cui intende avvalersi durante il periodo dell'appalto (12).

42. Nell'ambito di tale verifica, la direttiva 2004/18 non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che l'offerente disponga dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto (13).

43. Infatti, sebbene gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 indichino che «ad esempio» la presentazione dell'impegno di altri soggetti di mettere a disposizione dell'offerente le risorse necessarie costituisce una modalità probatoria accettabile, tali disposizioni non escludono affatto altri mezzi di prova (14).

C – Il punto 9.5 del capitolato d'oneri

44. Tramite l'obbligo che esso impone ad un offerente di concludere un accordo di partenariato con i soggetti sulle cui capacità questi fa affidamento o di costituire con i medesimi una società prima dell'aggiudicazione dell'appalto, il punto 9.5 del capitolato d'oneri lascia allo stesso un unico modo di dimostrare che esso dispone delle risorse di altri soggetti.

45. Tale obbligo mi sembra contrario al testo stesso degli articoli 47, paragrafi 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, il quale cita a titolo esemplificativo una modalità di prova cui un operatore economico può ricorrere per fare affidamento, in relazione ad un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, il che, per definizione, non solo non la impone, ma anche non ne esclude altre.

46. Anzi, tramite l'obbligo che impone, il punto 9.5 del capitolato d'oneri vieta l'impiego della modalità di prova menzionata dagli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18.

47. Inoltre, ritengo che l'articolo 9.5 del capitolato d'oneri, imponendo all'offerente un unico modo di provare di essere qualificato e di disporre delle risorse di altri soggetti, violi il principio di proporzionalità (15).

48. Infatti, se l'obiettivo consistente nel garantire l'esecuzione dell'appalto costituisce un obiettivo legittimo di interesse generale, l'obbligo imposto dal punto 9.5 del capitolato d'oneri eccede manifestamente quanto necessario al conseguimento di tale obiettivo. Imponendo fra l'offerente e gli altri soggetti ai quali questi ricorre una limitazione fondata sulla forma giuridica del loro rapporto, la quale non è prevista dagli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, il punto 9.5 del capitolato d'oneri finisce per limitare in maniera sostanziale e ingiustificata il diritto di un offerente di fare affidamento sulle capacità di tali soggetti e, di conseguenza, la partecipazione più ampia possibile di offerenti (16) alle gare d'appalto, mentre l'interesse dell'Unione in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi esige che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile (17).

49. Inoltre, gli obblighi dell'offerente di concludere un accordo di partenariato con i soggetti sulle cui capacità tecniche e professionali, ad esempio, esso fa affidamento, o di costituire con gli stessi una società in nome collettivo prima dell'aggiudicazione dell'appalto e di includere nell'accordo di partenariato una clausola secondo la quale l'offerente e gli altri soggetti sarebbero responsabili in solido dell'esecuzione dell'appalto, a prescindere dalla parte di appalto che questi ha intenzione di subappaltare, hanno manifestamente un effetto dissuasivo su tale forma di cooperazione economica (18). Si può addirittura dubitare che la misura abbia un'efficacia idonea a conseguire l'obiettivo consistente nel garantire l'esecuzione dell'appalto, in quanto è difficile immaginare che l'impresa alle cui capacità tecniche e professionali si ricorre accetti una responsabilità finanziaria solidale, sebbene ad essa venga subappaltata solo una parte minima dell'appalto.

50. Infine, il punto 9.5 del capitolato d'oneri, pregiudicando, ad esempio, il diritto di un offerente di subappaltare, in conformità dell'articolo 25 della direttiva 2004/18, una parte della prestazione in questione limita l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (19).

D – Subappalto o raggruppamento di operatori economici

51. Il governo lettone ritiene che gli operatori, al pari dei subappaltatori eventuali alle cui capacità l'offerente ricorre, costituiscano, dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, un raggruppamento di operatori economici che è potenzialmente l'esecutore dell'appalto. Esso rileva che, in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, «le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto». Il governo lettone osserva che

si evince chiaramente da tale disposizione che, per garantire l'esecuzione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto di chiedere al gruppo di operatori di associarsi in una forma giuridica specifica. In altre parole, su tale base, in pratica il punto 9.5 del capitolato d'oneri di cui trattasi imporrebbe legittimamente agli operatori economici che intendono ricorrere a subappaltatori (20), l'obbligo di costituire un raggruppamento di operatori economici con questi ultimi.

52. Rilevo anzitutto che, nei termini in cui è previsto all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, l'obbligo dei raggruppamenti di operatori economici di rivestire una forma giuridica specifica successivamente all'aggiudicazione dell'appalto «nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto» (21) costituisce, a mio avviso, un requisito eccezionale che viene imposto solo qualora esso si riveli oggettivamente necessario e nel rispetto del principio di proporzionalità. Nessuno di tali elementi viene fatto valere nella specie.

53. Soprattutto, sebbene le amministrazioni aggiudicatrici possano, in taluni casi, esigere una forma giuridica specifica successivamente all'attribuzione dell'appalto ad un raggruppamento di operatori economici, esse non possono imporre la formazione di un siffatto raggruppamento da parte di un offerente e dei subappaltatori dei quali questi si avvale, in quanto la direttiva 2004/18 lascia l'offerente libero di scegliere se subappaltare una parte dell'appalto a terzi (articolo 25), oppure se riunirsi con altri soggetti in un raggruppamento di operatori economici e di presentare congiuntamente un'offerta in relazione ad un determinato appalto (articolo 4, paragrafo 2).

54. Orbene, il punto 9.5 del capitolato d'oneri collega queste due possibilità, le quali sono chiaramente distinte (22) e perlomeno nella tesi del governo lettone, obbligherebbe un offerente che si è avvalso di subappaltatori a trasformare tale modalità di cooperazione in un raggruppamento di operatori economici.

55. Infine, in conformità degli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, un offerente che partecipa alla procedura di selezione ha il diritto di scegliere le modalità di cooperazione con altri soggetti per soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria in questione.

56. Ne consegue che il punto 9.5 priva di ogni effetto utile gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 e applica in maniera inadeguata le disposizioni di cui all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva.

VI – Conclusione

57. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere nei seguenti termini alla questione pregiudiziale dell'Augstaka tiesa:

Gli 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, devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una condizione contenuta in un capitolato d'oneri, la quale impone ad un offerente che fa affidamento sulle capacità di altri soggetti di concludere con i suddetti soggetti un accordo di partenariato o di costituire con questi una società in nome collettivo prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

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

3 – Occorre rilevare che la controversia di cui al procedimento principale non verte sulla conformità con il diritto dell'Unione delle disposizioni del diritto nazionale. La Ostas celtnieks si limita a contestare la legittimità di talune condizioni del capitolato d'oneri in questione. V. paragrafi da 16 a 18 delle presenti conclusioni. Inoltre, a seguito di una questione posta dal Presidente Tizzano in udienza, il governo lettone ha informato la Corte che l'appalto di cui al procedimento principale era un appalto di lavori con un valore pari a circa EUR 3 milioni, importo che è inferiore alla soglia fissata dalla direttiva per questo tipo di appalto (v. articolo 7, lettera c, della direttiva 2004/18). Il governo lettone ha tuttavia precisato che la legislazione lettone ha reso la direttiva 2004/18 applicabile all'appalto di lavori per un importo come quello di cui all'appalto in questione.

4 – V. articoli 41 («Capacità economica e finanziaria»), paragrafo 3 e 42, («Capacità tecniche e/o professionali»), paragrafo 3, della legge lettone sugli appalti pubblici, nonché articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18.

5 – V., in particolare, sentenze *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133, punto 16) e *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593, punti 28 e 29).

6 – Il governo lettone osserva che «“[u]n partenariato è una riunione di due o più persone sulla base di un accordo di partenariato al fine di conseguire obiettivi comuni tramite risorse o mezzi comuni”. L'articolo 2257 del codice civile lettone disciplina la questione della responsabilità dei partecipanti ad un partenariato nel senso che degli impegni assunti da un partenariato rispondono in solido verso i terzi tutti i membri del medesimo».

7 – V., per analogia, sentenza *Commissione/Paesi Bassi* (C-368/10, EU:C:2012:284, punti 103 e 104). Infatti, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, sembra che il punto 9.5 faccia segnatamente riferimento ai requisiti di cui all'allegato 1 del capitolato d'oneri, intitolato l'«Offerta finanziaria», nonché al suo allegato 2, intitolato «Qualificazione».

8 – V., in tal senso, sentenza *Commissione/Paesi Bassi* (C-368/10, EU:C:2012:284, punto 76).

9 – V., in tal senso, sentenza *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, punti 41 e 42 e la giurisprudenza ivi citata).

10 – V. sentenza *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, punti 28 e 29). Il corsivo è mio. Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 codificano la giurisprudenza costante della Corte relativa a precedenti direttive in materia di appalti pubblici. V. conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130, paragrafo 20).

11 – V., in tal senso, sentenze *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593, punto 29) e *Siemens e ARGE Telekom* (C-314/01, EU:C:2004:159, punti 43 e 44). Ne consegue che l'onere della prova incombe all'offerente che fa affidamento sulle capacità di terzi. Al punto 35 della sentenza *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), la Corte ha rilevato 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. 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 o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2,

secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato». Ne consegue che la Corte ammette che sussistano circostanze eccezionali in cui, alla luce della natura stessa dell'appalto in questione, il ricorso da parte di un offerente alle capacità di altri soggetti potrebbe essere limitato. La domanda di pronuncia pregiudiziale non fa alcun riferimento all'esistenza di siffatte circostanze eccezionali nella causa principale.

12 – V., in tal senso, sentenza *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593, punto 28).

13 – *Ibidem* (punto 30).

14 – «Entrambi gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 prevedono in termini quasi identici che “[u]n operatore economico può (...) fare affidamento sulle capacità di altri soggetti”. Il tenore letterale suggerisce il riconoscimento di un 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 di altri soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto». V. conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130, paragrafo 24).

15 – Conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, le misure adottate dagli Stati membri non devono eccedere quanto necessario per raggiungere un obiettivo legittimo. V., in tal senso, sentenza *Serrantoni e Consorzio stabile edili* (C-376/08, EU:C:2009:808, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata).

16 – V., per analogia, sentenza *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, punto 37).

17 – V., in tal senso, sentenze *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 29) e *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, punto 34. «Dell'obiettivo relativo all'apertura alla concorrenza più ampia possibile va tenuto conto non solo con riguardo all'interesse alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa». V. conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen nella causa *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130, paragrafo 32).

18 – Occorre osservare che 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/CE (GU L 94, pag. 65) prevede che «[s]e un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto». Rilevo, tuttavia, da un lato, che tale disposizione, la quale deve essere recepita dagli Stati membri entro il 18 aprile 2016 in applicazione dell'articolo 90 della direttiva 2014/24, è inapplicabile *ratione temporis* alla controversia principale e, dall'altro, che essa verte unicamente sulle circostanze nelle quali l'offerente si è avvalso delle capacità di altri soggetti per quanto attiene ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, salvo quelli concernenti le capacità tecniche e professionali. Inoltre, tale disposizione si limita ad esigere che l'offerente e gli altri soggetti rispondano in solido dell'esecuzione dell'appalto, senza imporre, come nel procedimento principale, una forma giuridica particolare di cooperazione fra i medesimi. È inoltre logico che solo il ricorso alle «capacità economiche e finanziarie» sia connesso alla responsabilità solidale. Il corsivo è mio.

19 – V., in tal senso, sentenza Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punto 34 e la giurisprudenza ivi citata).

20 – V., in tal senso, sentenza Ordine degli Architetti e a. (C-399/98, EU:C:2001:401, punti 90 e 91).

21 – Il corsivo è mio.

22 – V., in tal senso, sentenza Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punto 24). V. parimenti, articoli 47, paragrafo 3, e 48, paragrafo 4, d