

## SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

7 aprile 2016 (\*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Capacità tecniche e professionali degli operatori economici – Articolo 48, paragrafo 3 – Possibilità di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti – Presupposti e modalità – Natura dei legami tra l’offerente e gli altri soggetti – Modifica dell’offerta – Annullamento e ripetizione di un’asta elettronica – Direttiva 2014/24/UE»

Nel procedimento C-324/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso, Polonia), con decisione del 18 giugno 2014, pervenuta in cancelleria il 7 luglio 2014, nel procedimento

**Partner Apelski Dariusz**

contro

**Zarząd Oczyszczania Miasta,**

con l’intervento di:

**Remondis sp. z o.o.,**

**MR Road Service sp. z o.o.,**

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da A. Tizzano (relatore), vicepresidente della Corte, facente funzione di presidente della Prima Sezione, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: N. Jääskinen

cancelliere: K. Malacek, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 7 maggio 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Partner Apelski Dariusz, da T. Krzeński, адвокат;
- per lo Zarząd Oczyszczania Miasta, da K. Wąsik, radca prawny;
- per la Remondis sp. z o.o. e la MR Road Service sp. z o.o., da K. Kamiński e K. Dajczer, radcowie prawni;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, M. Szwarc e D. Lutostańska, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, da M.J. García-Valdecasas Dorrego, in qualità di agente;

- per il governo lettone, da I. Kalniņš e I. Nesterova, in qualità di agenti;
  - per la Commissione europea, da K. Herrmann e A. Tokár, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 settembre 2015, ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 2, 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 (GU 2004 L 134, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Partner Apelski Dariusz (in prosieguo: la «Partner») e lo Zarząd Oczyszczania Miasta (amministrazione per i servizi di nettezza urbana; in prosieguo: l'«amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia»), in merito alla sua esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico relativo alla pulizia meccanica multifunzionale delle strade della città di Varsavia (Polonia) per gli anni dal 2014 al 2017.

#### **Contesto normativo**

##### *Diritto dell'Unione*

La direttiva 2004/18

- 3 Il considerando 46 della direttiva 2004/18 è del seguente tenore:

«L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del “prezzo più basso” e quello della “offerta economicamente più vantaggiosa”.

Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti è opportuno prevedere l'obbligo – sancito dalla giurisprudenza – di assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. (...)).».

- 4 L'art. 2 di tale direttiva, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti», prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

- 5 L'articolo 44 di tale direttiva, intitolato «Accertamento 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 nonché 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.

(...)».

6 L'articolo 47 della direttiva 2004/18, intitolato «Capacità economica e finanziaria», al suo paragrafo 2 prevede che:

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

7 L'articolo 48 della direttiva di cui trattasi, intitolato «Capacità tecniche e professionali», dispone quanto segue:

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

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

a) (...)

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 2004/18, intitolato «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».

9 L'articolo 54 di detta direttiva, intitolato «Ricorso 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».

La direttiva 2014/24/UE

10 Il considerando 2 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 (GU 2014 L 94, pag. 65), è così formulato:

«(...) la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva (...) 2004/18/CE (...) dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici (...). È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia».

11 L'articolo 63 della direttiva 2014/24, intitolato «Affidamento sulle capacità di altri soggetti», 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 (...).

12 Ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1, della direttiva in parola:

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

#### *Diritto polacco*

13 La direttiva 2004/18 è stata recepita nell'ordinamento giuridico polacco con la legge sugli appalti pubblici (Dz. U. del 2013, posizioni 907, 984, 1047 e 1473, nonché Dz. U. del 2014, posizione 423; in prosieguo: la «legge sugli AP»).

14 L'articolo 26, paragrafo 2b, della citata legge così dispone:

«Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle conoscenze, sull'esperienza, sulla capacità tecnica e sulle persone adatte ad eseguire l'appalto o sulle disponibilità finanziarie di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto, ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto (...).

15 L'articolo 83, paragrafi 2 e 3, della legge sugli AP prevede quanto segue:

«2. L'amministrazione aggiudicatrice può accettare di ricevere un'offerta parziale nel caso di suddivisione dell'oggetto dell'appalto.

3. Nel caso previsto al paragrafo 2, un operatore economico può depositare offerte parziali per una o più parti dell'appalto, a meno che l'amministrazione aggiudicatrice abbia fissato un numero massimo di parti di appalto che possono essere oggetto di offerte parziali da parte di un operatore economico».

16 L'articolo 91b, paragrafo 1, della legge sugli AP così dispone:

«L'amministrazione aggiudicatrice invita per via elettronica tutti gli operatori economici che abbiano depositato un'offerta non esclusa a partecipare ad un'asta elettronica».

17 L'articolo 93, paragrafo 1, punto 7, della legge sugli AP prevede quanto segue:

«L'amministrazione aggiudicatrice deve annullare la procedura di aggiudicazione dell'appalto allorché essa (...) sia irrimediabilmente viziata da un'irregolarità che rende impossibile la conclusione di un contratto di appalto pubblico non viziato da una causa di annullamento».

18 L'articolo 1, paragrafo 6, del regolamento del presidente del consiglio dei ministri del 19 febbraio 2013, sulle tipologie di documenti che possono essere richiesti, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ad un operatore economico, e sulla modalità di produzione di tali documenti (Dz. U. del 2013, posizione 231) così recita:

«Se, per provare il soddisfacimento delle condizioni di cui all'articolo 22, paragrafo 1, della [legge sugli AP], un operatore economico fa affidamento sulle risorse di altri soggetti in virtù

delle disposizioni dell'articolo 26, paragrafo 2b, della [legge sugli AP], l'amministrazione aggiudicatrice, per valutare se l'operatore economico disporrà delle risorse di altri soggetti in misura necessaria alla corretta esecuzione dell'appalto o se il legame tra l'operatore economico e tali soggetti garantisce un accesso effettivo a tali risorse, può chiedere:

- 1) per le condizioni previste all'articolo 22, paragrafo 1, punto 4, della [legge sugli AP], i documenti elencati al paragrafo 1, punti da 9 a 11, nonché altri documenti relativi alla capacità economica e finanziaria, come previsti nel bando di gara di appalto o nel capitolato d'oneri;
- 2) documenti relativi, in particolare:
  - a) alla consistenza delle risorse di un altro soggetto cui un operatore economico può accedere;
  - b) alle modalità di utilizzo delle risorse di un altro soggetto da parte dell'operatore economico per eseguire l'appalto,
  - c) alla natura del legame tra l'operatore economico e un altro soggetto, e
  - d) all'ampiezza e alla durata della partecipazione di un altro soggetto all'esecuzione dell'appalto».

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

- 19 Si evince dalla decisione di rinvio che, nel mese di dicembre del 2013, l'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico relativo a servizi di pulizia meccanica multifunzionale delle strade della città di Varsavia, nella stagione invernale ed estiva, negli anni dal 2014 al 2017. La pulizia invernale oggetto di tale appalto consiste essenzialmente nella prevenzione e nell'eliminazione degli strati di ghiaccio mediante lo spargimento di prodotti antigelo e l'utilizzo di spazzaneve sulle carreggiate di talune categorie di strade, mentre la pulizia estiva consiste nello spazzare e lavare con acqua le carreggiate.
- 20 L'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia ha deciso di avviare una procedura di gara d'appalto con asta elettronica finale. L'oggetto di detto appalto è stato suddiviso in otto parti, corrispondenti a diversi quartieri della città di Varsavia, consentendo così a ciascun offerente di presentare un'offerta per tutto l'appalto oppure un'offerta parziale.
- 21 Come previsto nel capitolato d'oneri, per comprovare le proprie capacità tecniche ogni offerente doveva presentare un elenco dei servizi di manutenzione stradale invernale con tecnologia a umidificazione prestati nei tre anni precedenti la scadenza della presentazione dell'offerta. Tali servizi dovevano avere un valore complessivo minimo di 1 000 000 zloty polacchi (PLN) (circa EUR 224 442) per ciascuna delle otto parti dell'appalto di cui trattasi. Di conseguenza, per presentare un'offerta per l'intero appalto, un offerente doveva provare di aver fornito servizi per un valore minimo di PLN 8 000 000 (circa EUR 1 795 537).
- 22 In seguito alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del bando di gara d'appalto, la Partner si è candidata per l'intero appalto facendo valere che, nei tre anni precedenti, aveva garantito la fornitura di quattordici servizi, dodici dei quali rientravano nella propria esperienza e due nell'esperienza della PUM Sp. z o.o. (in prosieguo: la «PUM»), con sede a Grudziądz (Polonia), una città a circa 230 chilometri da Varsavia.
- 23 Inoltre, ha allegato alla propria offerta un impegno della PUM, secondo cui quest'ultima

avrebbe messo le sue capacità a disposizione della Partner, in particolare con servizi di consulenza che avrebbero compreso, tra le altre cose, una formazione dei dipendenti della Partner nonché un aiuto alla risoluzione dei problemi che sarebbero potuti sorgere nel corso dell'esecuzione dell'appalto di cui trattasi. La Partner ha inoltre sottolineato che, per l'esecuzione di detto appalto, tale collaborazione sarebbe stata disciplinata da un contratto stipulato tra le due società.

- 24 Il 26 febbraio 2014 l'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia ha invitato la Partner a precisare meglio le attività che la PUM avrebbe svolto e l'incidenza che tali attività avrebbero potuto avere sulla qualità ed efficacia dei servizi forniti nel territorio della città di Varsavia, tenuto conto in particolare della distanza tra Grudziądz e Varsavia.
- 25 Non soddisfatta della risposta fornita dalla Partner e ritenendo che le conoscenze e l'esperienza della PUM non potessero essere messe a disposizione in assenza di una partecipazione personale ed effettiva di tale società alla realizzazione dell'appalto in questione, l'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia ha chiesto alla Partner, con lettera dell'11 marzo 2014, di integrare la sua candidatura a tale riguardo.
- 26 Nella sua risposta del 18 marzo 2014, pur contestando l'approccio adottato dall'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia, la Partner ha chiesto che la propria offerta fosse presa in considerazione per l'assegnazione di ciascuna delle otto parti dell'appalto in parola, secondo un determinato ordine di priorità.
- 27 L'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia ha tuttavia respinto integralmente l'offerta della Partner e ha dichiarato chiusa la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione a seguito dello svolgimento di un'asta elettronica.
- 28 La Partner ha pertanto depositato un ricorso dinanzi alla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso) per ottenere l'annullamento della decisione con cui essa è stata esclusa dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione nonché della decisione che ha selezionato l'offerta più vantaggiosa per le diverse parti dell'appalto. La PARTNER, inoltre, ha chiesto il riesame delle offerte presentate nell'ambito di detta procedura di aggiudicazione e di essere ammessa ad una nuova asta elettronica.
- 29 Nel contesto di detto ricorso, la Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «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 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 dell'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, di tale direttiva 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, o, ancora, 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, di tale direttiva, in modo tale che vengano sommate le capacità di due o più soggetti che non possiedono le capacità nell'ambito delle conoscenze e dell'esperienza richieste 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 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».

## **Sulle questioni pregiudiziali**

### *Sulla prima, seconda, terza, quinta e sesta questione*

- 30 Con la sua prima, seconda, terza, quinta e sesta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, di determinare le condizioni che devono essere rispettate affinché un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 e di chiarire le modalità secondo cui deve realizzarsi la messa a disposizione delle risorse necessarie da parte di tali soggetti e quindi l'eventuale partecipazione degli stessi all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi.
- 31 Per rispondere a tali questioni, si deve ricordare, in limine, che conformemente all'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 di detta direttiva.
- 32 Inoltre, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, di tale direttiva, un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere livelli minimi di capacità economica e finanziaria nonché di capacità tecniche e/o professionali, conformemente agli articoli 47 e 48 della medesima direttiva, che gli operatori economici devono possedere.
- 33 Per costante giurisprudenza, gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono il diritto di 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 sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente dei mezzi necessari per eseguire tale appalto (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punti 29 e 33).
- 34 Un'interpretazione del genere è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal suo considerando 32 (sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 34 e giurisprudenza citata).
- 35 Ne consegue che il diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente

ad eseguire un determinato appalto.

- 36 Alla luce di tali considerazioni, la circostanza che, ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti «se del caso» non può essere interpretata, come pare suggerire in particolare il giudice del rinvio, nel senso che solo in via di eccezione un operatore economico può fare ricorso alle capacità di soggetti terzi.
- 37 Ciò premesso, è necessario precisare, in primo luogo, che, sebbene l'offerente sia libero di stabilire vincoli con i soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di scegliere la natura giuridica di tali vincoli, egli è nondimeno tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per l'esecuzione di un determinato appalto (v., in tal senso, sentenza del 2 dicembre 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, punto 29 e giurisprudenza citata).
- 38 Pertanto, conformemente agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, un offerente non può far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice.
- 39 In secondo luogo, come già statuito dalla Corte, le disposizioni della direttiva 2004/18 non ostano a che l'esercizio del diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, di detta direttiva sia limitato in casi eccezionali (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 36).
- 40 Infatti, non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere 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 (sentenza del 10 ottobre 2013, *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 35).
- 41 Parimenti, non si può escludere che, in circostanze particolari, tenuto conto della natura e degli obiettivi di un determinato appalto, le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, non siano trasmissibili all'offerente. Di conseguenza, in simili circostanze, l'offerente può fare affidamento su dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione dell'appalto in questione.
- 42 Nel caso di specie, il giudice del rinvio manifesta dubbi sulla questione se le capacità della PUM possano essere validamente trasmesse alla Partner, nel senso di poter dar luogo ad una messa a disposizione delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto di cui al procedimento principale, ai termini dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, tenuto conto della circostanza che una simile messa a disposizione si realizzerebbe meramente attraverso lo svolgimento di attività di consulenza e di formazione, senza alcuna partecipazione diretta della PUM all'esecuzione dell'appalto.
- 43 A tal proposito, occorre rilevare che l'appalto pubblico di cui al procedimento principale, descritto al punto 19 della presente sentenza, ha per oggetto la pulizia meccanica multifunzionale delle strade della città di Varsavia, sia nella stagione invernale che in quella estiva, per quattro anni consecutivi.
- 44 Per quanto concerne in particolare la pulizia invernale, dalla decisione di rinvio si evince che tale prestazione richiede competenze specifiche nonché una conoscenza approfondita della

topografia della città di Varsavia e, soprattutto, esige una capacità di reazione immediata al fine di conseguire, in uno specifico lasso di tempo, un determinato livello di manutenzione delle carreggiate.

- 45 Inoltre, la citata prestazione si basa sull'utilizzo di una tecnologia particolare che richiede un livello di esperienza e una capacità elevata di impiego di detta tecnologia, la quale è l'unica che consente di eseguire in modo appropriato l'appalto di cui al procedimento principale, evitando pericoli per il traffico stradale.
- 46 Alla luce di tali fattori, la realizzazione concreta di un appalto siffatto richiede l'intervento di personale esperto che, in particolare attraverso osservazione diretta dello stato della superficie delle carreggiate e rilievi eseguiti sul posto, consenta di anticipare o, in ogni caso, di rispondere in modo adeguato alle necessità specifiche di tale appalto.
- 47 Orbene, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto di cui al procedimento principale e delle finalità dello stesso, non si può escludere che la prevista partecipazione della PUM, consistente nel mero svolgimento di attività di consultazione e formazione, possa essere ritenuta insufficiente a garantire alla Partner la messa a disposizione effettiva delle risorse necessarie per l'esecuzione di detto appalto, ai sensi della giurisprudenza richiamata al punto 33 della presente sentenza. Ciò è ancor più giustificato dalla circostanza che, come si evince dalla decisione di rinvio, la sede della PUM si trova nella città di Grudziądz, ossia a circa 230 km da Varsavia.
- 48 In tali circostanze, spetta al giudice del rinvio, tenuto conto di tutti gli elementi concreti dell'appalto di cui al procedimento principale, determinare se una tale messa a disposizione possa effettuarsi in un modo che risponde alle condizioni poste dalla citata giurisprudenza.
- 49 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima, seconda, terza, quinta e sesta questione dichiarando che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, di tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che:
- riconoscono il diritto di qualunque 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 sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto, e
  - non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso. È quanto avviene, in particolare, quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto.

#### *Sulla quarta questione*

- 50 Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice può indicare espressamente, nel bando di gara o nel capitolato d'onori, regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.
- 51 Per rispondere a tale questione occorre ricordare che, come rilevato ai punti 33 e 49 della presente sentenza, gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 riconoscono il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento sulle capacità di

altri soggetti, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire l'appalto di cui trattasi.

- 52 A tal fine, sebbene l'offerente debba provare di disporre effettivamente delle risorse di detti soggetti, che non gli appartengono in proprio e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, egli nondimeno rimane libero di scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità fa affidamento ai fini dell'esecuzione del citato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami (sentenza del 14 gennaio 2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, punto 28).
- 53 Di conseguenza l'amministrazione aggiudicatrice non può, in linea di principio, imporre condizioni espresse che possano ostacolare l'esercizio del diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, in particolare indicando in anticipo le modalità concrete secondo cui le capacità di tali altri soggetti possono essere invocate. Ciò vale, a maggior ragione, in quanto nella prassi, come giustamente rilevato dalla Commissione europea, per l'operatore economico risulta difficile, se non impossibile, prevedere ex ante tutti i possibili scenari di utilizzo delle capacità di altri soggetti.
- 54 Ciò posto, come riconosciuto nel rispondere alla prima, seconda, terza, quinta e sesta questione, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso, l'esercizio di tale diritto può essere limitato in circostanze particolari, come quelle richiamate ai punti da 39 a 41 della presente sentenza.
- 55 Orbene, in simili circostanze, non è da escludere a priori che l'amministrazione aggiudicatrice, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto di cui trattasi, possa indicare espressamente, nel bando di gara o nel capitolato d'onori, regole precise che consentano ad un operatore economico di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.
- 56 Tuttavia, quando l'amministrazione aggiudicatrice decide di fare ricorso ad una tale possibilità, è tenuta ad assicurarsi che le regole che stabilisce siano connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.
- 57 Una condizione siffatta consente d'altronde di assicurare il rispetto del principio di trasparenza relativamente alle regole stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice, pur lasciando la possibilità agli operatori economici di proporre all'amministrazione aggiudicatrice modalità alternative di ricorso alle capacità di altri soggetti, che garantiscano una messa a disposizione effettiva di tali capacità.
- 58 Di conseguenza, occorre rispondere alla quarta questione dichiarando che l'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto dell'oggetto di un determinato appalto e delle finalità dello stesso, l'amministrazione aggiudicatrice può, in circostanze particolari, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, indicare espressamente nel bando di gara o nel capitolato d'onori regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali regole siano attinenti e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.

#### *Sulla settima questione*

- 59 Con la sua settima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, debbano essere interpretati nel senso che ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte presentate nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, accetti la richiesta di un operatore economico, che abbia presentato un'offerta per l'intero appalto in questione, di prendere in considerazione la sua

offerta ai fini dell'assegnazione solo di determinate parti di tale appalto.

- 60 Per rispondere a tale questione, si deve ricordare che, ai sensi del considerando 46 e dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, le amministrazioni aggiudicatrici devono trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e trasparente.
- 61 Da un lato, quindi, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione impongono che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implicano quindi che queste ultime siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onori, così da permettere, da un lato, 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 (v., in tal senso, sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e giurisprudenza citata).
- 62 Inoltre, come già statuito dalla Corte, il principio della parità di trattamento e di non discriminazione nonché 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'onori (sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 31 e giurisprudenza citata).
- 63 La Corte ha tuttavia precisato che l'articolo 2 della direttiva 2004/18 non osta a che i dati relativi all'offerta possano essere corretti o completati su singoli punti, in particolare in quanto necessitano manifestamente di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti (sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 32 e giurisprudenza citata).
- 64 A tal fine, spetta all'amministrazione aggiudicatrice assicurarsi, in particolare, che la richiesta di chiarimenti di un'offerta non conduca, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 36).
- 65 Inoltre, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone per quanto attiene alla facoltà di chiedere ai candidati di chiarire la loro offerta, l'amministrazione aggiudicatrice deve trattare i candidati in maniera uguale e leale, di modo che, all'esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del suo risultato, non possa apparire che la richiesta di chiarimenti abbia indebitamente favorito o sfavorito il candidato o i candidati cui essa è stata rivolta (sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 37).
- 66 Nel caso di specie, come si evince dalla decisione di rinvio, l'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia, dubitando che la Partner disponesse delle risorse necessarie per eseguire l'appalto di cui al procedimento principale, ha invitato detta società, dopo il deposito della sua offerta, a specificare la natura della partecipazione della PUM all'esecuzione di tale appalto.

- 67 In risposta a tale domanda di chiarimenti, la Partner ha chiesto all'amministrazione per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia, nel caso in cui l'esperienza dimostrata fosse ritenuta insufficiente, di imputare le risorse indicate dalla Partner per ciascuna delle otto parti dell'appalto di cui al procedimento principale secondo un determinato ordine di priorità, in modo che l'eventuale rigetto riguardasse non l'intero appalto, ma solo i lotti per i quali la Partner non avesse rispettato le condizioni richieste.
- 68 Orbene, è pacifico che una simile comunicazione, con cui un operatore economico indica all'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte, l'ordine di priorità delle parti dell'appalto di cui trattasi in base al quale la propria offerta dovrebbe essere valutata, lungi dal rappresentare un mero chiarimento su singoli punti o una correzione di errori materiali manifesti, ai sensi della giurisprudenza richiamata al punto 63 della presente sentenza, costituisce, in realtà, una modifica sostanziale che si avvicina piuttosto alla presentazione di una nuova offerta.
- 69 Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice non può consentire ad un operatore economico di precisare in tal modo la propria offerta iniziale, a meno di violare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, ai quali le amministrazioni aggiudicatrici sono soggette in forza dell'articolo 2 della direttiva 2004/18 (v., in tal senso, sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 43).
- 70 Da quanto precede risulta che si deve rispondere alla settima questione dichiarando che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte presentate nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, accetti la richiesta di un operatore economico, che abbia presentato un'offerta per l'intero appalto in questione, di prendere in considerazione la sua offerta ai fini dell'assegnazione solo di determinate parti di tale appalto.

*Sull'ottava e sulla nona questione*

- 71 Con la sua ottava e nona questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, debbano essere interpretati nel senso che essi richiedono l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica alla quale un operatore economico che aveva presentato un'offerta ammissibile non sia stato invitato, e ciò anche se non può essere accertato che la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato l'esito dell'asta.
- 72 Conformemente al considerando 14 e all'articolo 1, paragrafo 7, della direttiva 2004/18, il ricorso alle aste elettroniche consente alle amministrazioni aggiudicatrici, dopo una prima valutazione completa delle offerte, di chiedere agli offerenti di presentare nuovi prezzi modificati al ribasso e, quando l'appalto è attribuito all'offerta economicamente più vantaggiosa, anche di migliorare elementi delle offerte diversi dal prezzo.
- 73 Nell'ambito di una simile procedura, come enunciato dal citato considerando, la direttiva 2004/18 richiede espressamente che le aste elettroniche si svolgano nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.
- 74 A tale scopo, da un lato l'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 prevede il diritto di tutti gli offerenti che abbiano presentato offerte ammissibili di essere invitati a partecipare all'asta elettronica per presentare nuovi prezzi e/o nuovi valori.

- 75 Dall'altro lato, l'articolo 54, paragrafo 8, secondo comma, della stessa direttiva impone espressamente alle amministrazioni aggiudicatrici, quando decidono di organizzare un'asta elettronica, di non ricorrere ad una simile procedura abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o falsare la concorrenza o 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.
- 76 Ne consegue che, quando un offerente presenta un'offerta ammissibile e risponde quindi ai criteri enunciati nel bando di gara, spetta all'amministrazione aggiudicatrice, in conformità all'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/18, garantire l'esercizio del diritto di detto offerente a partecipare, se del caso, all'asta elettronica.
- 77 Di conseguenza, qualora un siffatto offerente non sia invitato a prender parte alla citata asta, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, impongono all'amministrazione aggiudicatrice di annullare e ripetere una simile asta.
- 78 A tal proposito, occorre precisare che una simile conclusione s'impone indipendentemente dalla questione se la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato il risultato dell'asta in questione.
- 79 Infatti, l'esercizio del diritto dell'offerente di partecipare ad un'asta elettronica non può assolutamente essere subordinato all'auspicato risultato della stessa e non può pertanto essere escluso a priori sulla base di considerazioni ipotetiche da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 80 In altri termini, come rileva anche la Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso) nella sua decisione di rinvio, non è possibile escludere ex ante che l'operatore economico che non sia stato ammesso a partecipare all'asta elettronica avrebbe presentato l'offerta più vantaggiosa, di modo che l'errore commesso dall'amministrazione aggiudicatrice comporta necessariamente l'annullamento e la ripetizione dell'asta.
- 81 Occorre, pertanto, rispondere all'ottava e alla nona questione dichiarando che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che richiedono l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica alla quale un operatore economico che aveva presentato un'offerta ammissibile non sia stato invitato, e ciò anche se non può essere accertato che la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato l'esito dell'asta.

#### *Sulla decima questione*

- 82 Con la sua decima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 2004/18 possano essere interpretate alla luce di quelle della direttiva 2014/24, e ciò nonostante il fatto che il termine per il recepimento di quest'ultima non sia ancora scaduto e nei limiti in cui le sue disposizioni non siano in contrasto con quelle della direttiva 2004/18.
- 83 Per rispondere a tale questione, occorre, in limine, ricordare che secondo una giurisprudenza costante la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (sentenza del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 31 e giurisprudenza citata).

- 84 Nel procedimento principale la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione è stata

pubblicata il 24 dicembre 2013, mentre la direttiva 2014/24 è stata adottata solamente il 26 febbraio 2014 e, in ogni caso, il termine per il suo recepimento scadrà, ai sensi del suo articolo 90, il 18 aprile 2016.

- 85 Ciò considerato, la direttiva 2014/24 non è applicabile *ratione temporis* al procedimento principale.
- 86 Peraltro, applicare la direttiva 2014/24 che, come risulta dal suo stesso titolo, abroga la direttiva 2004/18, prima dello scadere del suo termine di recepimento, impedirebbe agli Stati membri, così come alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori economici, di beneficiare di un termine sufficiente per adeguarsi alle nuove disposizioni da essa introdotte.
- 87 Ciò posto, si deve rilevare che, come si evince dalla decisione di rinvio, con la sua questione il giudice del rinvio vuole sapere in particolare se l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, che riconosce il diritto di tutti gli operatori economici di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, debba essere interpretato prendendo in considerazione il contenuto dell'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, disposizione che corrisponde a detto articolo 48.
- 88 A tal proposito, occorre osservare, come ha fatto il giudice del rinvio, che l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 è formulato in termini generali e non indica espressamente le modalità con cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico.
- 89 Al contrario, l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 ora prevede che gli operatori economici possano fare affidamento sulle capacità di altri soggetti «solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste».
- 90 Orbene, benché, come enunciato in particolare dal suo considerando 2, la direttiva 2014/24 miri a chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte in materia, resta comunque il fatto che l'articolo 63 di tale direttiva 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.
- 91 Infatti, 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.
- 92 Ciò considerato, la citata disposizione della direttiva 2014/24 non può essere utilizzata come criterio per interpretare l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, dal momento che, nel caso di specie, non si tratta di dissipare un dubbio interpretativo relativo al contenuto della disposizione da ultimo richiamata.
- 93 Un diverso approccio rischierebbe in qualche modo di anticipare 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, principio il cui rispetto la direttiva 2014/24, come si evince in particolare dal suo considerando 2, mira d'altronde espressamente a garantire.
- 94 Viste le considerazioni che precedono, si deve rispondere alla decima questione dichiarando che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, le disposizioni dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 non possono essere interpretate alla luce di quelle dell'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.



## Sulle spese

- 95 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

- 1) **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, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, di tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che:**
  - **riconoscono il diritto di qualunque 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 sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto, e**
  - **non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso. È quanto avviene, in particolare, quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto.**
- 2) **L'articolo 48, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, tenuto conto dell'oggetto di un determinato appalto e delle finalità dello stesso, l'amministrazione aggiudicatrice può, in circostanze particolari, ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, indicare espressamente nel bando di gara o nel capitolato d'onere regole precise secondo cui un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, purché tali regole siano connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto.**
- 3) **I principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'apertura delle offerte presentate nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, accetti la richiesta di un operatore economico, che abbia presentato un'offerta per l'intero appalto in questione, di prendere in considerazione la sua offerta ai fini dell'assegnazione solo di determinate parti di tale appalto.**
- 4) **I principi di parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici, enunciati all'articolo 2 della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che richiedono l'annullamento e la ripetizione di un'asta elettronica alla quale un operatore economico che aveva presentato un'offerta ammissibile non sia stato invitato, e ciò anche se non può essere accertato che la partecipazione dell'operatore escluso avrebbe modificato l'esito dell'asta.**
- 5) **In circostanze come quelle di cui al procedimento principale, le disposizioni dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18 non possono essere interpretate**

**alla luce di quelle dell'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.**

Firme

---

\* Lingua processuale: il polacco.