



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MICHAL BOBEK
presentate il 24 novembre 2016¹

Causa C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
contro
Województwo Łódzkie**

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

«Direttiva 2004/18/CE — Principi di non discriminazione e di trasparenza — Presentazione, da parte dell'offerente, di informazioni aggiuntive riguardanti forniture non indicate nell'offerta iniziale — Possibilità di combinare l'esperienza di due soggetti — Possibilità di basarsi sull'esperienza acquisita quale membro di un gruppo di imprese — Possibilità di combinare l'esperienza derivante da più appalti — Grave colpevolezza per false dichiarazioni»

I – Introduzione

1. La causa in esame riguarda una gara d'appalto pubblica per la fornitura di sistemi informatici ospedalieri in Polonia. Inizialmente, l'appalto è stato aggiudicato alla società Komputer Konsult Sp. z o.o. (in prosieguo: la «KK»). La Esaprojekt Sp. z o.o. (in prosieguo: la «Esaprojekt»), che aveva presentato anch'essa un'offerta, ha contestato tale aggiudicazione dinanzi ai giudici nazionali. L'aggiudicazione è stata annullata in quanto l'esperienza su cui si basava la KK era insufficiente. La KK è stata invitata a chiarire l'elenco delle esperienze maturate. L'elenco modificato della KK si basava su esperienze nuove di terzi. L'appalto è stato aggiudicato nuovamente alla KK. La Esaprojekt ha proposto un nuovo ricorso, che ha portato alla domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa in esame.

2. Il giudice nazionale sottopone alla Corte una serie di questioni dirette a stabilire, in primo luogo, le condizioni in base alle quali gli offerenti possono modificare l'elenco delle esperienze maturate e basarsi sull'esperienza di terzi. In secondo luogo, il giudice nazionale chiede chiarimenti in ordine alle condizioni in base alle quali le informazioni fornite da un offerente equivalgono a «false dichiarazioni» ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18/CE². In terzo luogo, il giudice nazionale chiede se sia possibile basarsi cumulativamente sull'esperienza acquisita in base ad appalti separati per soddisfare un requisito fissato nel bando, quando tale possibilità non è stata espressamente prevista dall'amministrazione aggiudicatrice.

¹ — Lingua originale: l'inglese.

² — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114).

II – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

3. L'articolo 2 della direttiva 2004/18 (in prosieguo: la «direttiva») sancisce il principio di trasparenza e di non discriminazione nelle gare per appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.
4. L'articolo 44, paragrafo 1, stabilisce che gli appalti sono aggiudicati, tra l'altro, conformemente ai criteri di conoscenza o di capacità tecnica e professionale di cui all'articolo 48. L'articolo 44, paragrafo 2, prevede che i livelli di capacità minima imposti «devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto».
5. L'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), che figura nella sezione intitolata «Criteri di selezione qualitativa», prevede che un operatore economico possa essere escluso dalla partecipazione a una gara d'appalto quando si sia reso «gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni» e, relativamente al paragrafo 2 in generale, l'articolo 45 prevede che «Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».
6. L'articolo 48, paragrafo 2, stabilisce le modalità con le quali l'esperienza può essere provata, tra cui, in particolare, alla lettera a), elenchi di lavori eseguiti, delle principali forniture o dei principali servizi effettuati.
7. L'articolo 48, paragrafo 3, 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 tali casi, l'operatore deve provare che «per l'esecuzione dell'appalto dispo[ne] delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie».
8. Articolo 51, intitolato, «Documenti e informazioni complementari» stabilisce che un'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».

B – Diritto nazionale

9. Articolo 2, paragrafo 13, della Ustawa Prawo zamówień publicznych (Legge sugli appalti pubblici; in prosieguo: la «Ustawa PZP»), definisce la nozione di «appalti pubblici» nel senso di «contratti a titolo oneroso conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico aventi ad oggetto servizi, forniture o lavori».
10. L'articolo 24, paragrafo 2, punto 3, della Ustawa PZP prevede l'esclusione di operatori economici che «(...) hanno fornito informazioni false che hanno influenzato o che avrebbero potuto influenzare l'esito della procedura (...)».
11. L'articolo 26 della Ustawa PZP prevede la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere agli offerenti di fornire informazioni mancanti, di correggere errori o di chiarire dichiarazioni o documenti.

III – Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

12. La causa in esame riguarda una gara d'appalto pubblico per l'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di sistemi informatici per ospedali pubblici nella provincia di Łódź (Polonia). La parte rilevante della gara si riferisce all'acquisto e alla fornitura di un sistema ospedaliero integrato (HIS) per la gestione del settore amministrativo (grigio) nonché per la gestione del settore sanitario (bianco) presso il Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (Ospedale provinciale indipendente Nicolò Copernico).

13. In base al capitolato d'oneri, le domande per l'aggiudicazione dell'appalto potevano essere presentate da operatori economici in grado di dimostrare, tra l'altro, di aver eseguito almeno due appalti relativi (per ciascuno degli appalti indicati) alla fornitura, all'installazione, alla configurazione e all'implementazione di un sistema ospedaliero integrato (HIS), nei settori bianco e grigio, per un istituto di assistenza sanitaria con un numero minimo di 200 posti letto, per un valore lordo non inferiore a PLN 450 000.

14. Per dimostrare che rispondevano alla suddetta condizione, gli operatori economici dovevano presentare una dichiarazione e un elenco di «principali forniture» di sistemi ospedalieri integrati (HIS) nei settori bianco e grigio.

15. Nella sua offerta la KK ha elencato due voci relative alle forniture di un sistema ospedaliero integrato (HIS), nei settori bianco e grigio, agli ospedali di i) Słupsk (in prosieguo: la «fornitura Słupsk») e ii) di Nowy Sącz (in prosieguo: la «fornitura Nowy Sącz»). Entrambe le forniture erano effettuate da un consorzio tra la Konsultant IT Sp. z o.o. (in prosieguo: la «KIT») e la KK.

16. La KK ha vinto la gara d'appalto per l'acquisto e la fornitura del sistema ospedaliero integrato (HIS). La Esaprojekt ha contestato tale decisione, affermando, in sostanza, che gli appalti elencati dalla KK non rispondevano ai requisiti di gara in termini di esperienza nel settore dei sistemi ospedalieri integrati (HIS).

17. Il ricorso proposto contro tale decisione è stato accolto. All'amministrazione aggiudicatrice è stato imposto di esigere che la KK, conformemente alla procedura stabilita all'articolo 26, paragrafo 4, della Ustawa PZP, fornisse chiarimenti riguardo alla portata degli appalti specificati per provare che era soddisfatta la condizione di partecipazione alla procedura d'appalto in termini di conoscenze e di esperienza.

18. In seguito alla richiesta di chiarimenti, è emerso che la fornitura Słupsk è stata effettuata nell'ambito di due procedure di gara e di due contratti di appalto separati. Uno di questi contratti non riguardava il settore bianco, e l'altro non riguardava il settore grigio. L'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che la fornitura Słupsk non rispettasse il capitolato d'oneri menzionato supra al paragrafo 13 delle presenti conclusioni, in quanto tale fornitura non costituiva un singolo «appalto pubblico», come definito all'articolo 2, paragrafo 13, della Ustawa PZP. Al contrario, essa riguardava due appalti separati. L'amministrazione aggiudicatrice ha quindi chiesto alla KK di integrare i documenti a dimostrazione del rispetto, da parte di quest'ultima, delle condizioni di gara.

19. Nell'integrare i documenti, la KK ha presentato un nuovo elenco di forniture. Tale elenco comprendeva, come in precedenza, la fornitura Nowy Sącz. Sono state inoltre aggiunte due nuove forniture, entrambe effettuate da un terzo, la Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (in prosieguo: la «Medinet») (in prosieguo: le «forniture Medinet»). La KK ha anche presentato un impegno, da parte della Medinet, a mettere a disposizione le risorse necessarie per dare esecuzione all'appalto e a partecipare all'esecuzione dell'appalto in veste di consigliere e consulente.

20. L'amministrazione aggiudicatrice ha accettato l'offerta modificata presentata dalla KK. La Esaprojekt ha proposto nuovamente ricorso contro il Województwo Łódzkie dinanzi alla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso, Polonia). In tali circostanze, detto giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«Questione 1:

Se l'articolo 51 della [direttiva 2004/18], in combinato disposto con il principio della parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici nonché con il principio di trasparenza, sanciti all'articolo 2 della medesima direttiva, permetta che un operatore economico, nell'integrare i documenti o fornire chiarimenti riguardo ad essi, indichi esecuzioni (ossia le prestazioni effettuate) diverse rispetto a quelle indicate nell'elenco delle forniture allegato all'offerta e, in particolare, se egli possa far riferimento alle esecuzioni di un altro soggetto sulle cui risorse non si è basato nell'offerta.

Questione 2:

Se, alla luce della pronuncia della Corte, del 10 ottobre 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) – dalla quale risulta che “il principio della parità di trattamento dev'essere interpretato nel senso che non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice chieda a un candidato, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, di comunicare i documenti descrittivi della sua situazione, come il bilancio pubblicato, la cui esistenza prima della scadenza del termine fissato per presentare la candidatura sia oggettivamente verificabile, sempreché i documenti di detto appalto non ne abbiano esplicitamente imposto la comunicazione sotto pena di esclusione della candidatura” – l'articolo 51 della [direttiva 2004/18] debba essere interpretato nel senso che l'integrazione di documenti è possibile solo in riferimento ai documenti la cui esistenza, prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione alla procedura, sia oggettivamente verificabile oppure nel senso che la Corte ha indicato soltanto una delle ipotesi e che l'integrazione di documenti è possibile anche in altri casi, ad esempio allegando documenti che non esistevano prima di tale data ma che possono oggettivamente dimostrare il soddisfacimento della condizione.

Questione 3:

In caso di una risposta alla seconda questione che ammetta la possibilità di integrare anche documenti diversi da quelli indicati nella sentenza Manova, C-336/12, se sia possibile integrare documenti predisposti dall'operatore economico, dai subappaltatori o da altri soggetti alle cui capacità fa riferimento l'operatore economico, qualora essi non siano stati comunicati contemporaneamente all'offerta.

Questione 4:

Se l'articolo 44 della [direttiva 2004/18], in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), nonché con il principio della parità di trattamento degli operatori economici sancito all'articolo 2 della medesima direttiva, consenta di far riferimento alle risorse di un soggetto diverso, di cui all'articolo 48, paragrafo 3, in modo tale che risultino sommate le conoscenze e l'esperienza di due soggetti i quali, singolarmente, non possiedono le conoscenze e l'esperienza richieste dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora l'esperienza di cui trattasi sia indivisibile (vale a dire che la condizione per la partecipazione alla procedura deve essere soddisfatta per intero dall'operatore economico) e l'esecuzione dell'appalto sia altresì indivisibile (costituisca un tutt'uno).

Questione 5:

Se l'articolo 44 della [direttiva 2004/18], in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), nonché con il principio della parità di trattamento degli operatori economici sancito all'articolo 2 della medesima direttiva, consenta di far riferimento all'esperienza di un gruppo di operatori economici in modo tale che un operatore economico, il quale ha eseguito l'appalto come membro di un gruppo di operatori economici, possa far valere l'esecuzione effettuata da tale gruppo, indipendentemente da quale sia stata la sua partecipazione nell'esecuzione del suddetto appalto, oppure se possa far valere soltanto l'esperienza che egli ha effettivamente conseguito, maturata nell'esecuzione di quella determinata parte dell'appalto che gli è stata affidata all'interno del gruppo.

Questione 6:

Se l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della [direttiva 2004/18], a norma del quale può essere escluso dal procedimento l'operatore economico che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni o che non abbia fornito le informazioni, possa essere interpretato nel senso che è escluso dal procedimento l'operatore economico che ha fornito informazioni false che hanno influenzato o che avrebbero potuto influenzare l'esito del procedimento, muovendo dall'assunto che la colpa relativa all'induzione in errore consiste nella mera comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice di informazioni che non corrispondono ai fatti e che sono rilevanti ai fini della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice in merito all'esclusione dell'operatore economico (e al rigetto della sua offerta), indipendentemente dalla circostanza se l'operatore economico l'abbia fatto consapevolmente e volontariamente oppure per colpa incosciente, o ancora a causa di imprudenza, negligenza o inosservanza della dovuta diligenza. Se possa essere considerato soggetto che "si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni (...) o che non [abbia] fornito dette informazioni" solo un operatore economico che ha fornito informazioni false (non corrispondenti ai fatti) oppure anche un operatore economico che ha fornito informazioni vere, ma lo ha fatto in modo tale da far credere, all'amministrazione aggiudicatrice, di essere in possesso dei requisiti da quest'ultima stabiliti, pur non essendone in possesso.

Questione 7:

Se l'articolo 44 della [direttiva 2004/18], in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), nonché con il principio della parità di trattamento degli operatori economici sancito all'articolo 2 della medesima direttiva, consenta ad un operatore economico di far riferimento alla propria esperienza in modo tale da far valere cumulativamente due o più contratti come un unico appalto, anche se l'amministrazione aggiudicatrice non ha previsto una siffatta possibilità nel bando, né nel capitolato d'oneri».

21. Hanno presentato osservazioni scritte i governi polacco e italiano e la Commissione. Il governo polacco, la Commissione e il Województwo Łódzkie, convenuto nel procedimento principale, sono comparsi all'udienza che si è tenuta il 21 settembre 2016.

IV – Valutazione

A – Questione 1 (e questioni 2 e 3)

22. Con la prima questione, il giudice del rinvio mira a stabilire se, alla luce degli articoli 2 e 51 della direttiva, sia possibile per un offerente, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fare riferimento all'esperienza di terzi, non menzionata nell'offerta iniziale.

23. Lo scopo della seconda e della terza questione è di stabilire se, alla luce della sentenza *Manova*³, un offerente possa presentare dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte documenti che provino che è in grado di basarsi sull'esperienza di terzi (nella fattispecie, l'impegno della *Medinet*).

24. Per quanto riguarda la prima questione, ritengo che aggiungere i suddetti riferimenti sia generalmente impossibile per le ragioni che saranno esposte di seguito. Tale risposta rende superfluo qualsiasi esame dettagliato della seconda e della terza questione.

25. L'articolo 51 della direttiva prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano invitare gli offerenti a «integrare o chiarire» i documenti presentati. Si può ritenere che detti termini, «integrare o chiarire», siano alquanto flessibili. Tuttavia, secondo una giurisprudenza costante⁴, il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa fra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici. Pertanto, di norma, quando l'amministrazione aggiudicatrice considera un'offerta imprecisa o non rispondente ai requisiti tecnici previsti dal capitolato d'oneri, non può chiedere all'offerente di fornire chiarimenti, o addirittura dare l'impressione che sia consentito apportare modifiche all'offerta⁵.

26. Nonostante ciò, la direttiva «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» purché non equivalgano a una nuova offerta⁶. È auspicabile il rispetto dell'obbligo di diligenza da parte degli offerenti⁷, ma occorre evitare eccessivi formalismi⁸. Ciò è particolarmente importante data la necessità di garantire che gli appalti restino aperti e concorrenziali.

27. La possibilità di presentare informazioni aggiuntive dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte va quindi considerata eccezionale, ma non inesistente. Si tratta pertanto di stabilire dove esattamente porre il limite.

28. A mio avviso, si potrebbe comprendere meglio l'approccio della Corte ricorrendo a una metafora: le informazioni e i documenti presentati dall'offerente allo scadere del termine per la presentazione delle offerte sono come un'istantanea. Possono essere presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice soltanto le informazioni e i documenti già contenuti in tale fotografia. Ciò non impedisce all'amministrazione aggiudicatrice di ingrandire l'immagine su qualsiasi dettaglio contenuto nella foto che si presenti un po' sfocato e di chiedere di aumentare la risoluzione della foto per vedere il dettaglio con chiarezza. Tuttavia, le informazioni essenziali devono essere già contenute, sebbene a bassa risoluzione, nell'istantanea originale.

29. Seguendo tale logica, ritengo che ad un offerente non possa essere consentito, in via di principio, dimostrare che soddisfa i requisiti tecnici e professionali di una gara d'appalto basandosi sull'esperienza di terzi alla quale non ha fatto riferimento prima della scadenza del termine per presentare l'offerta. Tali informazioni, semplicemente, non erano contenute nella foto originale.

3 — Sentenza del 10 ottobre 2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — V. sentenze del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, punto 36); del 10 ottobre 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punto 31), e del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214, punto 62).

5 — Sentenza del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, punto 41).

6 — V. sentenze del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214, punti 63 e 64); del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40), e del 10 ottobre 2013, *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, punti da 32 a 36).

7 — Sentenza del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.* (C-599/10, EU:C:2012:191, punto 38).

8 — Sentenza del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 45).

30. Pertanto, il fatto di basarsi su terzi in tal modo non equivale a un mero chiarimento o a una mera formalità. Esso costituisce, infatti, una modifica significativa dell'offerta. Viene alterata l'identità stessa dei soggetti che eseguono l'opera o, quantomeno, dei soggetti la cui esperienza è necessaria per eseguire l'opera. Si tratta di una modifica sostanziale che incide su un elemento fondamentale della procedura⁹. Inoltre, come sottolineato dalla Commissione, una modifica del genere può portare l'amministrazione aggiudicatrice a dover effettuare ulteriori verifiche e potrebbe anche incidere sulla scelta dei candidati invitati a presentare un'offerta.

31. Più in generale, permettere modifiche siffatte può certamente influire sul processo concorrenziale. La decisione di un offerente di basarsi sulla propria esperienza o di richiedere quella di terzi deve essere adottata in un determinato momento ed in base a informazioni in suo possesso in quel momento. Fornire all'offerente una seconda opportunità di adottare tale decisione commerciale, quando il tempo è trascorso, potrebbe procurargli certamente un vantaggio che sarebbe in contrasto con il requisito della parità di trattamento. Ad esempio, la conoscenza del numero o dell'identità dei concorrenti in gara o una crisi del mercato può incoraggiare l'offerente a cercare di cooptare un altro operatore con maggiore esperienza, per poter aumentare le sue probabilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto¹⁰.

32. Un'ulteriore conferma per tale conclusione può essere rinvenuta, per analogia, in cause riguardanti la modifica della composizione dei consorzi offerenti dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Nella recente causa Højgaard, un consorzio di due società era stato preselezionato e aveva presentato un'offerta per una gara d'appalto pubblica, ma era stato sciolto successivamente, prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Una delle società, la Aarsleff, aveva allora tentato di sostituirsi al consorzio quale offerente preselezionato nella procedura. Tale modifica era stata ammessa e la Aarsleff aveva proseguito aggiudicandosi l'appalto. L'aggiudicazione era stata contestata dinanzi ai giudici nazionali ed era stata sottoposta alla Corte una questione pregiudiziale sulla compatibilità con il principio della parità di trattamento di una modifica nella composizione dei consorzi.

33. Nella sentenza la Corte ha dichiarato che le norme sulle modifiche nella composizione dei consorzi durante le procedure di gara rientrano, in genere, nella competenza degli Stati membri¹¹. Tuttavia, per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, la Aarsleff doveva essere in grado di soddisfare i criteri di preselezione per meriti propri¹².

34. Analogamente, quando un'amministrazione aggiudicatrice chiede a un offerente di rimuovere alcune voci dall'elenco delle esperienze maturate, questi può certamente continuare a basarsi sulle voci rimanenti. Tuttavia, non può aggiungere all'elenco esperienze nuove di terzi¹³.

9 — V., per analogia, sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 45), nella quale le modifiche riguardanti l'identità della persona indicata come direttore tecnico sono state considerate più di una mera formalità e, come tali, costituenti una base sufficiente per escludere l'offerente.

10 — V., per analogia, conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, presentate nella causa MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, paragrafi 80 e segg.).

11 — Sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punto 35).

12 — V. anche sentenza del 23 gennaio 2003, Makedoniko Metro e Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). In tale causa, un consorzio offerente aveva tentato di *estendere* il consorzio ad altri partecipanti successivamente alla presentazione delle offerte. Ciò era formalmente vietato dal diritto nazionale. La Corte ha concluso che tale divieto era compatibile con la direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1) (atto precedente alla direttiva 2004/18).

13 — Sebbene non sia in discussione nella causa in esame, non escludo la possibilità che all'offerente possa essere consentito di basarsi su altre esperienze *proprie*.

35. Propongo quindi di rispondere alla prima questione del giudice nazionale nel senso che un operatore economico non può basarsi sull'esperienza di terzi per la prima volta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Data tale risposta, la seconda e la terza questione del giudice nazionale (riguardanti le condizioni in base alle quali possono essere presentate le prove di tale esperienza di terzi) vengono in gran parte meno. Infatti, se un operatore non può basarsi affatto su terzi, non avrebbe senso presentare impegni assunti da detti terzi o prove dell'esperienza da essi maturata.

36. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere nel seguente modo alle prime tre questioni sollevate dal giudice nazionale:

L'articolo 51 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con il principio della parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici e con il principio di trasparenza sanciti all'articolo 2 della medesima direttiva, non consente all'operatore economico, nel chiarire o nell'integrare i documenti, di fare riferimento all'esecuzione di appalti da parte di terzi, che non abbia menzionato nell'elenco delle forniture allegato all'offerta, o di presentare l'impegno dei suddetti terzi di mettere le proprie risorse a disposizione dell'offerente.

B – *Questione 4*

37. La quarta questione si riferisce al fatto che, nel procedimento principale, il capitolato d'oneri richiede agli offerenti di aver eseguito «almeno due appalti», riguardanti ciascuno i settori bianco e grigio, come esposto supra, al paragrafo 13 delle presenti conclusioni. In seguito alla richiesta di chiarimenti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, la KK ha elencato le due forniture Medinet e la fornitura Nowy Sącz.

38. In tale contesto, il giudice nazionale mira in sostanza a stabilire se sia possibile basarsi sull'esperienza derivante dalle forniture Medinet e dalla fornitura Nowy Sącz per soddisfare il requisito dell'esecuzione di «almeno due appalti», conformemente agli articoli 44 e 48, paragrafo 2, lettera a), della direttiva e al principio della parità di trattamento di cui all'articolo 2 della medesima direttiva.

39. Il testo della direttiva chiarisce che, nell'ambito degli appalti pubblici, gli operatori economici possono, in generale, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti¹⁴. Tale regola generale è anche conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza¹⁵ ed è stata ripetutamente confermata dalla Corte¹⁶. Le capacità sulle quali si basa un operatore possono essere quindi «frammentate» o «suddivise» fra diversi operatori, purché naturalmente l'operatore abbia in pratica a sua disposizione le risorse necessarie di tali altri soggetti¹⁷.

40. Tuttavia, per garantire «requisiti minimi di capacità» o «livelli minimi di capacità»¹⁸, può essere eccezionalmente limitata la possibilità di fare affidamento su terzi. Così avviene in caso di «lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori». Tali requisiti devono essere «conness[i] e proporzionat[i] all'oggetto dell'appalto interessato»¹⁹.

14 — V., ad esempio, articolo 4, paragrafo 2, (ricorso ai consorzi), articolo 25 (subappalto) e articolo 48, paragrafo 3 (affidamento su terzi) della direttiva.

15 — V. sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

16 — V., ad esempio, sentenze del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punti da 30 a 32); del 2 dicembre 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punti 26 e 27), e del 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punto 43).

17 — Articolo 48, paragrafo 3, della direttiva.

18 — V. articolo 44, paragrafo 2, della direttiva.

19 — Sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punto 35), che riflette la formulazione dell'articolo 44, paragrafo 2, della direttiva.

41. Nella fattispecie, il capitolato d'oneri richiede «almeno due appalti» riguardanti un settore specifico (l'HIS). Dai punti discussi supra consegue che tale requisito può essere imposto quale requisito minimo ed escludere la possibilità di fare affidamento su terzi, purché sia «conness[o] e proporzionat[o] all'oggetto dell'appalto interessato».

42. Se ricorra o meno tale ipotesi è una questione di fatto sulla quale spetta al giudice nazionale decidere.

43. Tuttavia, il giudice nazionale lascia intendere che esista una differenza qualitativa tra il capitolato d'oneri che richiede, da un lato, un'esperienza cumulativa e ripetuta in un unico settore e, dall'altro, un'esperienza in una serie di settori distinti.

44. Concordo sul fatto che, intuitivamente, esiste una differenza di tal genere. Combinare l'esperienza derivante da settori diversi non è sempre possibile – un'esperienza intersettoriale o un'esperienza completa in materia di sistemi integrati possono non essere intercambiabili. Tuttavia, tali combinazioni interdisciplinari sono probabilmente meno problematiche della mera somma degli anni di esperienza o singoli appalti. Una società che esegue un secondo appalto nello stesso settore lo farà nel contesto della sua precedente esperienza, potenzialmente con idee nuove e diverse²⁰.

45. In definitiva, tuttavia, la norma giuridica rimane la stessa in entrambi i casi. I limiti entro i quali l'esperienza di un unico operatore che abbia eseguito due appalti può essere sostituita da due operatori che abbiano eseguito un contratto ciascuno è una questione di fatto che spetta al giudice nazionale definire.

46. Nella questione sollevata dal giudice nazionale, quest'ultimo dichiara espressamente che l'esperienza rilevante e l'esecuzione dell'appalto «[sono] indivisibil[i]». Ciò implica che il giudice nazionale ha già concluso che a) la possibilità di basarsi su un'esperienza cumulata è stata esclusa e b) tale esclusione è «conness[a] e proporzionat[a] all'oggetto dell'appalto interessato». Nei limiti in cui ciò corrisponda al vero, le disposizioni della direttiva citate dal giudice nazionale consentono all'amministrazione aggiudicatrice di escludere la possibilità di basarsi sulle risorse di un altro soggetto combinando le conoscenze e l'esperienza di due soggetti.

47. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo di rispondere alla quarta questione sollevata dal giudice nazionale nel seguente modo:

L'articolo 44 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), e con il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 2 della medesima direttiva, non consente a un operatore economico di fondarsi, ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva, sulle conoscenze e sull'esperienza di un altro soggetto, quando tale possibilità è stata espressamente esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, tale esclusione deve essere connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

20 — Per chiarire tale punto, se intendo assumere un avvocato con nove anni di esperienza in diritto tributario, societario e commerciale, posso accettare tre avvocati, ciascuno con nove anni di esperienza, rispettivamente, in diritto tributario, societario e commerciale. Potrei, tuttavia, avere maggiori esitazioni ad assumere tre avvocati aventi ciascuno tre anni di esperienza nelle tre materie fra loro combinate. E certamente non assumerei nove avvocati con un anno di esperienza ciascuno.

C – *Questione 5*

48. Con la quinta questione, il giudice nazionale chiede di chiarire quali siano le condizioni in base alle quali un operatore economico può fondarsi sulla precedente esperienza acquisita da un gruppo di società di cui era membro. Tale questione si riferisce al fatto che, nel procedimento principale, la fornitura Nowy Sącz e la fornitura Słupsk erano entrambe effettuate da un consorzio tra due società, la KK e la KIT. Ne deduco quindi che il giudice nazionale mira a stabilire se la KK possa basarsi incondizionatamente su tale esperienza a sostegno della sua offerta, oppure se il ruolo svolto dalla KK nell'effettuare la fornitura sia fondamentale²¹.

49. Ritengo che il ruolo specifico e l'esperienza associata di un membro di un consorzio sia, in effetti, essenziale.

50. Gli articoli 44 e 48, paragrafo 2, lettera a), della direttiva prevedono la valutazione delle offerte in base, tra l'altro, all'esperienza come dimostrata dagli elenchi di opere e di forniture realizzate negli ultimi anni. Avere l'esperienza necessaria per eseguire un appalto non equivale, ovviamente, a conoscere qualcuno che ha tale esperienza. Analogamente, l'esperienza non può essere acquisita semplicemente per il fatto di essere formalmente parte di un appalto o di un consorzio.

51. Il giudice del rinvio chiarisce adeguatamente tale punto fornendo l'esempio di un consorzio costituito da tre società per la costruzione di un'autostrada: una banca (che finanzia l'operazione), un'impresa edile (che realizza concretamente l'opera) e un prestatore di servizi (che fornisce supporto giuridico, amministrativo e contabile). Ovviamente, il fatto di finanziare un'operazione di tal genere non fornisce alla banca l'esperienza necessaria per costruire un'autostrada.

52. In definitiva, tuttavia, il ruolo specifico di ciascuna società e l'esperienza che questa acquisisce dipendono da circostanze specifiche. È possibile, ad esempio, che la banca abbia assunto la direzione delle operazioni di finanziamento, ma che il prestatore di servizi sia stato strettamente associato a tale parte dell'operazione, maturando quindi un certo grado di esperienza in tale settore. Un grado di esperienza del genere potrebbe essere del tutto adeguato e sufficiente nell'ambito di un'altra procedura di gara per un diverso progetto. O potrebbe non esserlo. Si tratta di questioni di fatto.

53. Analogamente, il ruolo specifico svolto dalla KK nella fornitura Nowy Sącz (e nella fornitura Słupsk)²² e se esso corrisponda al requisito dell'esperienza previsto nel bando di gara costituisce una questione di fatto che compete al giudice nazionale.

54. Infine, le suesposte osservazioni si riferiscono a una situazione in cui un operatore economico presenta precedenti forniture, effettuate da un gruppo di operatori, *specificamente come esperienza propria*. Tali osservazioni lasciano impregiudicata la possibilità, per un operatore economico, di basarsi sulle capacità di terzi, come prevista, ad esempio, all'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva e discussa supra, in modo più dettagliato, al paragrafo 39.

55. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di rispondere alla quinta questione sollevata dal giudice nazionale nei seguenti termini:

Gli articoli 44 e 48, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 devono essere interpretati in modo tale che un operatore economico, che abbia eseguito un appalto quale membro di un gruppo di operatori economici, può basarsi, a titolo di esperienza propria, soltanto sull'esperienza che ha esso stesso acquisito nell'esecuzione di tale appalto. Tale conclusione lascia impregiudicata la possibilità, per l'operatore economico, di basarsi sulle capacità di terzi, alle condizioni previste dalla direttiva.

21 — Emerge chiaramente dalla domanda che la KK non cerca in nessun caso di basarsi sull'esperienza della KIT come «altro soggetto» ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva, ma presenta piuttosto come propria un'esperienza acquisita nell'ambito del consorzio.

22 — È stato confermato in udienza dal Województwo Łódzkie che formalmente la KK non si basa più sulla fornitura Słupsk.

D – *Questione 7*

56. La settima questione si riferisce al fatto che, nel procedimento principale, la fornitura Słupsk era costituita da due appalti separati che conferivano esperienze complementari (nei settori bianco e grigio), mentre il bando di gara e i documenti dell'appalto fanno riferimento ad appalti comprendenti congiuntamente i settori bianco e grigio²³.

57. In tale contesto, il giudice nazionale chiede chiarimenti sulle condizioni alle quali l'esperienza acquisita nell'ambito di due appalti separati possa essere presentata congiuntamente per soddisfare un requisito che non era espressamente presentato come divisibile.

58. Per ragioni che saranno approfondite di seguito, ritengo che la risposta a tale questione sia che gli operatori dovrebbero generalmente poter riunire in tal modo un'esperienza «frammentata». La completa esclusione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di una possibilità del genere dovrebbe essere eccezionale.

59. Dalle risposte proposte supra, relativamente alle questioni 4 e 5, deriva che la direttiva non prescrive con precisione in che modo e da chi deve essere acquisita l'esperienza rilevante. Pertanto, fatte salve talune condizioni, è generalmente possibile, ad esempio, che un operatore si basi sull'esperienza acquisita: a) nell'ambito di contratti di appalto firmati unicamente da lui, b) nell'ambito di contratti di appalto firmati da un gruppo di operatori di cui esso fa parte, o c) o da terzi.

60. Ciò che è fondamentale è se l'esperienza complessiva sulla quale l'operatore economico può effettivamente basarsi, sia essa propria o di terzi, sia sufficiente per eseguire l'appalto.

61. Pertanto, il fatto che tecnicamente l'esperienza sia stata acquisita nel corso di due o più appalti separati e non di un singolo contratto di appalto dovrebbe essere, di norma, irrilevante. Qualora l'esperienza combinata sia sufficiente per eseguire l'appalto, ciò dovrebbe bastare.

62. In effetti, i requisiti di una gara d'appalto possono essere soddisfatti riunendo capacità o esperienze ripartite tra *diversi operatori*. A fortiori, sarebbe semplicemente illogico escludere, per principio, la possibilità di riunire capacità o esperienze acquisite dallo *stesso operatore* relativamente ad *appalti diversi*.

63. Possono essere imposte limitazioni alla riunione di esperienze di diversi operatori quando dette limitazioni sono «conness[e] e proporzionat[e] all'oggetto dell'appalto interessato»²⁴. A mio avviso, tale ragionamento e tali limitazioni possono essere applicati per analogia alla frammentazione dell'esperienza acquisita in diversi appalti eseguiti dallo stesso operatore. Così, ad esempio, un'amministrazione aggiudicatrice può stabilire, in via di principio, che taluni requisiti di esperienza possono essere soddisfatti soltanto basandosi su singoli appalti ciascuno dei quali comporti esperienze ottenute in settori diversi. Tuttavia, siffatto requisito deve essere anch'esso necessario, proporzionato e connesso all'oggetto dell'appalto.

64. Spetta al giudice del rinvio stabilire se l'esperienza richiesta nella specifica gara d'appalto di cui trattasi soddisfi tali condizioni. Tuttavia, vale la pena di sottolineare i seguenti punti generali.

23 — Qualora la KK non si basasse più sulla fornitura Słupsk, tale questione potrebbe essere considerata potenzialmente ipotetica. Tuttavia, poiché ciò non emerge chiaramente dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, si applica la presunzione generale di rilevanza della questione.

24 — V. supra, paragrafo 40.

65. In primo luogo, le gare d'appalto, in linea di principio, dovrebbero essere aperte alla concorrenza²⁵. Alla luce di tale obiettivo, escludere la possibilità di basarsi sull'esperienza di terzi costituisce un'eccezione. Dovrebbe costituire un'eccezione anche l'esclusione di un'esperienza «frammentata». Di conseguenza, in mancanza di un'esclusione di tal genere nel bando di gara o nel capitolato d'onori, detta esclusione non può essere semplicemente presunta. Essa deve essere espressamente prevista.

66. In secondo luogo, il giudice nazionale fa specifico riferimento all'articolo 2 della direttiva che sancisce anche il principio della parità di trattamento. A mio avviso, quest'ultimo non dovrebbe suscitare preoccupazioni riguardo alla possibilità di basarsi cumulativamente sull'esperienza acquisita in appalti separati purché a) *qualsiasi* operatore economico che presenta un'offerta sia, in linea di principio, autorizzato a basarsi cumulativamente su tali appalti oppure b) *nessun* operatore economico possa farlo (quando una possibilità del genere è stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice).

67. In terzo luogo, nei limiti in cui la possibilità di basarsi cumulativamente su appalti separati non sia stata esclusa, spetta all'amministrazione aggiudicatrice, salvo controllo giurisdizionale da parte dei giudici nazionali, stabilire se l'esperienza combinata di due o più appalti, in un caso concreto, sia sufficiente a soddisfare i requisiti stabiliti nel capitolato d'onori. Infatti, anche nel caso in cui si possano cumulare, in via di principio, due o più appalti, è possibile che in un caso specifico l'esperienza complessiva sia semplicemente inadeguata. Nell'effettuare tale valutazione, dovrebbero essere presi in considerazione tutti gli elementi pertinenti, compreso, ad esempio, il rapporto esistente tra i vari appalti²⁶ e i requisiti specifici²⁷.

68. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere alla settima questione sollevata dal giudice nazionale nel seguente modo:

Gli articoli 44 e 48, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, in combinato disposto con il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 2 di tale direttiva, consentono ad un operatore economico di fondarsi sull'esperienza in modo tale da basarsi cumulativamente su due o più contratti di appalto come se si trattasse di un singolo appalto pubblico, salvo che la possibilità di accorpere l'esperienza sia stata espressamente esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice. Qualsiasi esclusione di tal genere deve essere connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto considerato.

E – *Questione 6*

69. Con la sesta questione, il giudice nazionale chiede se un offerente possa essere escluso in quanto «gravemente colpevole di false dichiarazioni» (avendo fornito o omesso di fornire informazioni) ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva, indipendentemente dallo stato psicologico. Detto giudice chiede inoltre se la disposizione consenta l'esclusione dell'offerta qualora l'offerente non soddisfi concretamente le condizioni dell'appalto ma abbia presentato in modo creativo informazioni tecnicamente corrette per dare l'impressione di soddisfare le condizioni.

70. La formulazione dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), offre a uno Stato membro la possibilità²⁸ di escludere gli offerenti in taluni casi di false dichiarazioni. Tali false dichiarazioni possono sussistere quando le informazioni «richieste», ad esempio, per provare le capacità dell'offerente, sono state fornite o sono state omesse.

25 — V. supra, paragrafo 25.

26 — Qualsiasi collegamento formale tra gli appalti e qualsiasi analogia per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la clientela o i tempi di esecuzione ecc.

27 — Natura integrata del servizio richiesto, tempi di consegna e requisiti minimi di capacità corrispondenti ecc.

28 — «Può essere escluso (...) ogni operatore economico» (il corsivo è mio).

71. Secondo il senso normale di tali termini, l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), riguarda quindi situazioni in cui un operatore omette o include talune informazioni che inducono l'amministrazione aggiudicatrice a formarsi un'idea errata delle sue capacità.

72. Non tutte le false dichiarazioni costituiscono motivi di esclusione. L'uso dei termini «grave» o «gravemente» implica che il semplice fatto di fornire informazioni non corrette non è sufficiente per dare applicazione all'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), e che deve essere raggiunta una determinata soglia di gravità.

73. Tuttavia, non è chiaro come si debba dimostrare la gravità. Il raffronto tra le diverse versioni linguistiche non fa che aumentare l'ambiguità al riguardo. In alcune versioni linguistiche il termine che indica la gravità o la serietà è associato al termine «colpevole»²⁹, il che potrebbe essere interpretato probabilmente nel senso di richiedere un determinato stato psicologico o grado di negligenza. In altre versioni linguistiche il termine che indica la gravità o la serietà è associato alle false dichiarazioni, il che implica che l'attenzione è rivolta all'azione in quanto tale e/o alle sue conseguenze³⁰.

74. La frase finale dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva può essere d'aiuto. Essa impone agli Stati membri di precisare, conformemente al diritto nazionale, «le condizioni di applicazione» dell'articolo 45, paragrafo 2. Pertanto, l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), può essere interpretato nel senso che stabilisce le condizioni minime per stabilire che le false dichiarazioni sono sufficientemente gravi da consentire agli Stati membri di escludere un offerente. Detta norma non mira, tuttavia, ad armonizzare pienamente tale nozione³¹. Tale interpretazione corrisponde anche a un'interpretazione restrittiva dei motivi di esclusione e alla necessità di valutare il caso di ciascun operatore singolarmente.

75. A che cosa corrisponde tale livello minimo di gravità? Per le ragioni che esporrò di seguito, ritengo che la «gravità» debba riferirsi alle conseguenze (oggettive) della fornitura o dell'omissione di informazioni, indipendentemente dallo stato psicologico o dall'intento (soggettivi) della persona che le fornisce.

76. A mio avviso, possono rientrare nell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), *solo* le azioni o le omissioni che comportano un vantaggio concorrenziale che consente all'operatore di restare in gara, nei casi in cui, altrimenti, non potrebbe rimanervi³². In altri termini, quando una falsa dichiarazione (sia stata essa resa nel fornire informazioni o nell'ometterle) non è atta a produrre effetti sul risultato, non può costituire una valida giustificazione per escludere l'operatore. In prosieguo mi riferirò ad essa come la «condizione riguardante il risultato».

29 — In francese, italiano, spagnolo e olandese, rispettivamente: «gravement coupable», «gravemente colpevole», «gravamente culpable», «in ernstige mate schuldig».

30 — In inglese, tedesco e ceco rispettivamente: «guilty of serious misrepresentation», «in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig», «kteřý se dopustil vážného zkreslení». Altre versioni linguistiche ancora, in particolare quella slovacca, omettono del tutto qualsiasi riferimento alla gravità, sia essa in relazione allo stato psicologico o alle conseguenze dell'azione – «bol uznaný vinným zo skresľovanie skutočností».

31 — V. anche articolo 45, paragrafo 2, lettera d), della direttiva, che prevede una possibile esclusione quando gli operatori economici «nell'esercizio della propria attività professionale, abbia[no] commesso un errore grave». Come osservato dalla Commissione, la giurisprudenza della Corte che interpreta tale disposizione fa riferimento al ruolo degli Stati membri nel definire tale nozione, ma anche alla necessità di un livello minimo di gravità prima che la disposizione possa essere applicata.

32 — Che incidono sostanzialmente, ad esempio, sulla preselezione o sull'aggiudicazione dell'appalto.

77. Tale interpretazione è suffragata dalle versioni linguistiche che sottolineano la gravità delle false dichiarazioni. Tale interpretazione può essere considerata compatibile con le versioni che sottolineano la gravità della «colpevolezza». Essa riflette inoltre l'obiettivo di apertura alla concorrenza ed è in linea con l'interpretazione restrittiva dei motivi di esclusione. Se un offerente è il più idoneo per eseguire l'appalto, in base al miglior prezzo o all'offerta più vantaggiosa³³, escluderlo sarebbe in tal caso contrario allo scopo della direttiva di garantire che gli appalti siano aggiudicati in base a criteri obiettivi, che consentano di ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo³⁴.

78. Ne consegue che la «condizione riguardante il risultato» costituisce una condicio sine qua non di qualsiasi esclusione basata su false dichiarazioni.

79. Ritengo, inoltre, che l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), possa essere applicato, in teoria, in *tutti i casi* in cui sia soddisfatta la «condizione del risultato». Infatti, se la fornitura o l'omissione di talune informazioni può incidere sul risultato, tale circostanza è già *grave di per sé*. A tal proposito, è possibile che, in particolari circostanze, un errore «evidente» o «veniale» oppure un «mero errore materiale» possa avere l'effetto inatteso di modificare sostanzialmente il risultato di una gara d'appalto. Tali errori possono essere completamente non intenzionali. Chiaramente, tuttavia, errori del genere non sono errori di secondaria importanza o banali agli occhi del concorrente che perde la gara o che viene posto, a seguito di tali errori, in una situazione di notevole svantaggio.

80. Ritengo quindi che il ricorrere della «condizione riguardante il risultato» sia di per sé *sufficiente a consentire l'esclusione* per false dichiarazioni, senza che sia necessario che siano soddisfatte ulteriori condizioni. Tale interpretazione della nozione di false dichiarazioni, libera da qualsiasi elemento soggettivo di intenzionalità da parte dell'offerente, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), è suffragata da tre ulteriori argomenti.

81. In primo luogo, l'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva neppure fa riferimento ad uno stato psicologico in generale o all'intenzionalità, all'imprudenza o alla negligenza in particolare, e tanto meno mira a dare contenuto a tali nozioni. In tali circostanze, è inopportuno tentare di definire l'ambito di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), in base a siffatte nozioni complesse che dovrebbero essere di fatto ricavate dal nulla. Tale circostanza, di per sé, depone a favore di un'interpretazione oggettiva della disposizione, quale quella da me proposta nelle presenti conclusioni. Inoltre, l'articolo 45, paragrafo 2, fissa soltanto le condizioni di base al ricorrere delle quali il diritto dell'Unione offre la *possibilità* di escludere gli offerenti. Nel fare ciò, esso demanda espressamente al diritto nazionale la fissazione delle condizioni di applicazione, che potrebbero includere, ad esempio, le nozioni di negligenza o di intenzionalità secondo il diritto nazionale.

82. In secondo luogo, un aspetto pratico si collega a ciò: ci si potrebbe davvero ragionevolmente attendere che a un'autorità amministrativa, la quale, nel contesto di una procedura di appalto pubblico, opera spesso in limiti di tempo assai ristretti e deve, potenzialmente, far fronte ad un gran numero di offerte contenenti numerosi documenti, sia richiesto di verificare e di stabilire l'intento di una società? È ben evidente che siffatta ipotesi non è attuabile.

83. In terzo luogo, anche se l'autorità amministrativa fosse in grado di accertare l'intento della società, in che modo ciò sarebbe utile in concreto? Dagli operatori che partecipano alle gare d'appalto ci si attende, in generale, che prestino la dovuta diligenza³⁵. Si presume, semplicemente, che un professionista conosca e agisca con la dovuta diligenza. Ciò implica che, oltre all'intenzionalità, sarebbero probabilmente prese in considerazione anche altre forme di negligenza. Se fosse in effetti così, lo stato psicologico non costituirebbe di fatto un vero criterio distintivo.

33 — V. articolo 53, paragrafo 1, della direttiva.

34 — V., ad esempio, considerando 46 della direttiva.

35 — V. sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191, punto 38).

84. La «condizione riguardante il risultato» è quindi una condicio sine qua non ed è anche di per sé sufficiente a determinare l'applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g). Tuttavia, tale condizione offre agli Stati membri unicamente la *possibilità* di escludere un operatore. Conformemente all'ultima frase dell'articolo 45, paragrafo 2, è a livello nazionale che vengono stabilite le condizioni dettagliate in base alle quali gli operatori dovrebbero essere concretamente esclusi.

85. Quale ultima considerazione riguardo all'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva, il giudice nazionale ha espressamente sollevato la questione se tale disposizione possa essere applicata per informazioni *corrette* presentate in modo tendenzioso. In altri termini, in modo da far sembrare che i requisiti di gara siano soddisfatti, quando in realtà non lo sono. La questione del giudice nazionale a tal riguardo prospetta una situazione in cui un operatore non soddisfa i requisiti di gara.

86. In una situazione del genere l'operatore sarebbe di norma escluso, per il semplice fatto che esso non soddisfa i requisiti di gara. Tale offerente dovrebbe restare in gara solo se la sua offerta fosse modificata in modo tale da soddisfare *effettivamente* i requisiti. Ed è solo in un'ipotesi del genere che andrebbe presa in considerazione l'esclusione basata sull'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva.

87. Come esposto nella mia valutazione della questione 1, esistono chiaramente limiti alle modifiche dell'offerta, successive alla scadenza dei termini per la sua presentazione, che sono ammissibili. Tali limiti possono essere facilmente superati quando le modifiche determinano una sostanziale differenza, come quella in esame (ossia, la differenza tra il mancato rispetto dei requisiti di gara prima della modifica e il rispetto di tali requisiti dopo la modifica).

88. Tuttavia, ammettendo per ipotesi che tali modifiche siano teoricamente possibili, l'operatore interessato potrebbe essere nondimeno escluso per false dichiarazioni nella sua offerta iniziale?

89. Ritengo che si debba rispondere a tale questione in senso affermativo, tale operatore potrebbe essere *potenzialmente* escluso. Ciò in quanto a) ha omesso inizialmente di fornire le informazioni richieste ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a) [il che costituisce una forma di false dichiarazioni di cui all'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva] e b) tale omissione era sostanziale nel senso che poteva avere effetti sul risultato della gara («condizione riguardante il risultato»).

90. La questione, quindi, non consiste tanto nel fatto che l'operatore ha attuato probabilmente una sorta di «borderline marketing» della sua effettiva esperienza. Essa consiste piuttosto nel fatto che, indipendentemente dal modo in cui la sua esperienza è stata abbellita, l'operatore ha inizialmente omesso di fornire le informazioni «richieste» ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), e la successiva fornitura di tali informazioni ha modificato il risultato della gara.

91. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di rispondere alla sesta questione sollevata dal giudice nazionale nei seguenti termini:

Un operatore economico può essere ritenuto gravemente colpevole di false dichiarazioni ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18 solo nei casi in cui le presunte false dichiarazioni possano incidere sulla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice nel senso che lo mantengono in gara, mentre, altrimenti, ne sarebbe escluso. L'applicazione di tale disposizione dipende dall'aver fornito o dal non aver fornito le informazioni richieste ai sensi del capo VII, sezione 2, della direttiva 2004/18. L'applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), di tale direttiva non dipende dalla fornitura di informazioni non corrette in fatto o da un particolare stato psicologico dell'operatore economico.

V – Conclusione

92. Propongo alla Corte di rispondere alle questioni ad essa sottoposte dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Commissione nazionale di ricorso, Polonia) nei seguenti termini:

Questioni 1-3:

L'articolo 51 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 (in prosieguo: la «direttiva 2004/18»), in combinato disposto con il principio della parità di trattamento e di non discriminazione degli operatori economici e il principio di trasparenza sanciti all'articolo 2 della medesima direttiva, non consente all'operatore economico, nel chiarire o nell'integrare i documenti, di fare riferimento all'esecuzione di appalti da parte di terzi che non abbia menzionato nell'elenco delle forniture allegato all'offerta o di presentare impegni dei suddetti terzi a mettere le proprie risorse a disposizione dell'offerente.

Questione 4:

L'articolo 44 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con l'articolo 48, paragrafo 2, lettera a), e con il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 2 della medesima direttiva, non consente a un operatore economico di fondarsi, ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva, sulle conoscenze e sull'esperienza di un altro soggetto, quando siffatta possibilità è stata espressamente esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, tale esclusione deve essere connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato.

Questione 5:

Gli articoli 44 e 48, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che un operatore economico, che abbia eseguito un appalto in quanto membro di un gruppo di operatori economici, può fondarsi, a titolo di esperienza propria, soltanto sull'esperienza che ha egli stesso acquisito nell'esecuzione di tale appalto. Tale conclusione lascia impregiudicata la possibilità per l'operatore economico di basarsi sulle capacità di terzi, alle condizioni previste dalla direttiva.

Questione 6:

Un operatore economico può essere ritenuto gravemente colpevole di false dichiarazioni ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2004/18 solo nei casi in cui le presunte false dichiarazioni possano incidere sulla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice nel senso che lo mantengano in gara, quando, altrimenti, ne sarebbe escluso. L'applicazione di tale disposizione dipende dall'aver fornito o dal non aver fornito le informazioni richieste ai sensi del capo VII, sezione 2, della direttiva 2004/18. L'applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, lettera g), di tale direttiva non dipende dalla fornitura di informazioni non corrette in fatto o da un particolare stato psicologico dell'operatore economico.

Questione 7:

Gli articoli 44 e 48, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, in combinato disposto con il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 2 di tale direttiva, consentono all'operatore economico di fondarsi sull'esperienza in modo tale da basarsi cumulativamente su due o più contratti di appalto come se si trattasse di un singolo appalto pubblico, salvo che tale possibilità di accorpere l'esperienza sia stata espressamente esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice. Qualsiasi esclusione di tal genere deve essere connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto considerato.