



Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

5 aprile 2017¹

«Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Direttiva 2004/17/CE — Appalto che non raggiunge la soglia prevista da tale direttiva — Articoli 49 e 56 TFUE — Limitazione del ricorso al subappalto — Presentazione di un'offerta congiunta — Capacità professionali degli offerenti — Modifiche del capitolato d'onori»

Nella causa C-298/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania), con decisione del 12 giugno 2015, pervenuta in cancelleria il 18 giugno 2015, nel procedimento

«**Borta**» UAB

contro

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da J.L. da Cruz Vilaça, presidente di sezione, A. Tizzano (relatore), vicepresidente della Corte, A. Borg Barthet, E. Levits e F. Biltgen, giudici,

avvocato generale: E. Sharpston

cancelliere: M. Aleksejev, amministratore vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 1° giugno 2016, considerate le osservazioni presentate:

- per la «Borta» UAB, da V. Kilišauskaitė, advokatė;
- per la Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, da N. Šilaika, advokatas, nonché da A. Vaitkus, A. Kamarauskas, I. Vaičiulis e L. Rudys;
- per il governo lituano, da D. Kriauciūnas, A. Svinkūnaitė e R. Butvydytė, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da J. Jokubauskaitė e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 1° dicembre 2016,

ha pronunciato la seguente

¹ — * Lingua processuale: il lituano.

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013 (GU 2013, L 335, pag. 17) (in prosieguo: la «direttiva 2004/17»).
- 2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la «Borta» UAB (in prosieguo: la «Borta») e la Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (direzione del porto marittimo nazionale di Klaipėda, Lituania) (in prosieguo: l'«autorità portuale») in merito alla legittimità del capitolato d'oneri dell'appalto pubblico di lavori vertente sulla ricostruzione delle banchine di tale porto.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 Il considerando 9 della direttiva 2004/17 così recita:

«(9) Al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. (...)

Per gli appalti pubblici il cui valore è inferiore alla soglia che fa scattare l'applicazione di disposizioni di coordinamento comunitario, è opportuno fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui si applicano le norme e i principi dei trattati (...)
- 4 L'articolo 16 della medesima direttiva così dispone:

«La presente direttiva si applica agli appalti (...) il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

b) [EUR] 5 186 000 per quanto riguarda gli appalti di lavori».
- 5 L'articolo 37 della direttiva in parola stabilisce quanto segue:

«Nel capitolato d'oneri l'ente aggiudicatore può chiedere o può essere obbligato da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'operatore economico principale».
- 6 A norma dell'articolo 38 della direttiva 2004/17:

«Gli enti aggiudicatori possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nell'avviso con cui si indice la gara o nel capitolato d'oneri. (...)

7 L'articolo 54 di tale direttiva prevede quanto segue:

«1. Gli enti aggiudicatori che fissano criteri di selezione in una procedura aperta, devono farlo secondo regole e criteri oggettivi che vanno resi disponibili agli operatori economici interessati.

(...)

6. Se i criteri di cui [al paragrafo] 1 (...) comportano requisiti relativi alle capacità tecniche e/o professionali dell'operatore economico, questi può, se necessario e per un appalto determinato, fare valere le capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. In tal caso, egli deve provare all'ente aggiudicatore di disporre dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, esibendo, ad esempio, l'impegno di tali soggetti di mettergli a disposizione i mezzi necessari.

Alle stesse condizioni, un gruppo di operatori economici di cui all'articolo 11 può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo o di altri soggetti».

8 L'allegato XVI a detta direttiva, intitolato «Informazioni che devono comparire negli avvisi relativi agli appalti aggiudicati», dispone, nella parte I:

«I. Informazioni per la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

(...)

10. Indicare, eventualmente, se l'appalto è stato o può essere subappaltato.

(...)

13. Informazioni facoltative:

— valore e percentuale dell'appalto che è stata o può essere subappaltata a terzi,

(...))».

Il diritto lituano

La legge lituana relativa agli appalti pubblici

9 L'articolo 24, paragrafo 5, della Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (legge lituana relativa agli appalti pubblici; in prosieguo: la «legge relativa agli appalti pubblici») così dispone:

«I documenti di gara devono esigere che il candidato o l'offerente indichi, nell'offerta, di quali subappaltatori (...) esso intende avvalersi, e possono esigere che il candidato o l'offerente indichi, nell'offerta, la parte dell'appalto per la quale intende ricorrere a subappaltatori (...). In caso di ricorso a subappaltatori per eseguire un appalto pubblico di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare l'opera principale, come descritta dall'amministrazione aggiudicatrice. (...)».

10 Ai termini dell'articolo 27, paragrafo 4, della legge relativa agli appalti pubblici:

«L'amministrazione aggiudicatrice, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, può fornire chiarimenti (precisazioni) in ordine ai documenti di gara».

- 11 L'articolo 32, paragrafo 3, della legge relativa agli appalti pubblici stabilisce che, ove risulti necessario nell'ambito di una procedura di aggiudicazione specifica, un offerente può avvalersi delle capacità di altri operatori economici, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi legami con essi. In tal caso, l'offerente deve provare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà di tali risorse per l'esecuzione dell'appalto. Alle stesse condizioni, un gruppo di operatori economici può avvalersi delle capacità dei membri del gruppo o di altri operatori economici.

Il capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale

- 12 Ai sensi della clausola 3.2.1 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale, concernente i requisiti relativi alle capacità professionali degli offerenti:

«Il volume annuale medio dell'opera di costruzione e di installazione principale realizzato dagli offerenti (costruzione o ricostruzione delle banchine del porto marittimo) negli ultimi cinque anni o nel periodo a partire dalla data di iscrizione dell'offerente (nel caso in cui questi abbia esercitato la sua attività per meno di cinque anni), deve corrispondere ad un valore minimo di LTL 5 000 000 (pari a EUR 1 448 100,09), al netto dell'IVA».

- 13 La clausola 4.2.3 di tale capitolato d'oneri, che colloca la presentazione da parte di più offerenti di un'offerta congiunta nell'ambito di un contratto di associazione, dispone quanto segue:

«Gli impegni assunti dai partner che operano al fine di eseguire l'appalto e la quota percentuale di tali impegni devono essere previsti nell'ambito di un contratto di associazione (...). [Tale] ripartizione del volume dei servizi si applica unicamente ai partner dell'accordo senza creare obblighi a carico del committente ([l'autorità portuale])».

- 14 La clausola 4.3 di detto capitolato d'oneri, nella sua versione derivante dalle sue revisioni successive, così prevede:

«Se gli offerenti presentano un'offerta nell'ambito di un accordo di associazione, [la clausola] 3.2.1 (...) del capitolato d'oneri deve essere soddisfatta da almeno una parte [di tale accordo] o da tutti i partner che operano in forza di detto accordo (...) considerati unitamente. Il contributo del partner (volume delle opere realizzate) nell'ambito [dell'accordo di associazione] deve essere proporzionale al suo contributo al soddisfacimento del requisito [di cui alla clausola] 3.2.1 del presente capitolato d'oneri e al volume delle opere realizzate dopo l'aggiudicazione effettiva dell'appalto (nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto). (...) L'Autorità portuale determina, conformemente all'articolo 24, paragrafo 5, della legge (...) relativa agli appalti pubblici, che l'opera principale è descritta alla voce 1.2.8 della sezione "Costruzione" dell'elenco quantitativo dei lavori e pertanto tale opera deve essere realizzata dall'aggiudicatario stesso».

- 15 La clausola 4.4 del medesimo capitolato d'oneri precisa che, in caso di ricorso a subappaltatori, l'offerente deve indicare il volume dei lavori che questi ultimi realizzeranno, nel limite delle opere qualificate come «non principali», e aggiunge che l'esperienza di detti subappaltatori non è presa in considerazione per la verifica dei requisiti previsti alla clausola 3.2.1.

- 16 La clausola 7.2 di tale capitolato d'oneri consente all'autorità portuale di specificare, di sua iniziativa, i documenti della gara d'appalto prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 17 Il 2 aprile 2014 l'autorità portuale ha pubblicato una gara d'appalto per l'aggiudicazione, secondo una procedura aperta, di un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la ricostruzione delle banchine del porto marittimo nazionale di Klaipėda (Lituania). Tale bando di gara è stato pubblicato anche nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 5 aprile 2014. La Borta ha partecipato alla procedura di aggiudicazione di tale appalto.
- 18 Nella sua versione iniziale, il capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale riprendeva, alla clausola 4.3, le disposizioni dell'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici in materia di subappalto e prevedeva, inoltre, che, in caso di presentazione da parte di più offerenti di un'offerta congiunta nell'ambito di un contratto di associazione conformemente alla clausola 4.2.3 di tale capitolato d'oneri (in prosieguo: l'«offerta congiunta»), i requisiti applicabili in termini di capacità professionali fissati alla clausola 3.2.1 dello stesso dovevano essere soddisfatti o da tutti gli offerenti considerati unitamente, oppure da uno di loro.
- 19 Al termine di due revisioni successive, l'una intervenuta per iniziativa dell'autorità portuale e l'altra a seguito delle censure formulate dalla Borta, detta clausola 4.3 aggiunge a tali prescrizioni che, in caso di presentazione di una siffatta offerta congiunta, il contributo di ciascun offerente per soddisfare i requisiti citati deve corrispondere, proporzionalmente, alla parte dei lavori che questo si impegna a realizzare conformemente al contratto di associazione e che effettivamente eseguirà in caso di aggiudicazione dell'appalto.
- 20 A motivo di tali revisioni, annunciate tramite pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, l'autorità portuale ha prorogato il termine di presentazione delle offerte.
- 21 Poiché tale autorità ha respinto le nuove censure formulate dalla Borta contro l'ultima delle citate revisioni, detta società ha adito il Klaipėdos apygardos teismas (Tribunale regionale di Klaipėda, Lituania) con un ricorso diretto all'annullamento della summenzionata clausola 4.3, contestando sia la legittimità del contenuto della medesima, sia la possibilità stessa di detta autorità di procedere alla sua modifica. Poiché tale ricorso è stato respinto con una decisione di detto tribunale del 18 agosto 2014, confermata in appello da un'ordinanza del Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania) del 13 novembre 2014, la Borta ha proposto ricorso in cassazione dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania).
- 22 Al fine di risolvere la controversia di cui è investito, quest'ultimo giudice solleva la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione, in particolare con la direttiva 2004/17, dell'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, al quale fa riferimento la clausola 4.3 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale, nei limiti in cui tale articolo vieta il ricorso al subappalto per le opere qualificate come «principali» dall'amministrazione aggiudicatrice. Esso solleva altresì dubbi riguardo alla legittimità, alla luce di tale direttiva, di detta clausola 4.3, come riveduta, in quanto essa richiede, in caso di presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti, che il contributo di ognuno di essi al fine di soddisfare i requisiti applicabili in materia di capacità professionali corrisponda, proporzionalmente, alla parte delle opere che esso eseguirà effettivamente in caso di aggiudicazione dell'appalto. In tale contesto, il giudice del rinvio si chiede ancora se l'autorità portuale potesse modificare la prima versione della medesima clausola dopo la pubblicazione del bando di gara, senza violare detta direttiva, e, in particolare, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza da essa derivanti.
- 23 Tale giudice ritiene che la Corte abbia competenza a pronunciarsi, in via pregiudiziale, su detti quesiti. Certamente, il valore dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale sarebbe inferiore alla soglia di EUR 5 186 000 prevista all'articolo 16, lettera b), della direttiva 2004/17, al di sotto della quale quest'ultima non è applicabile. Tuttavia, da un lato, tale appalto presenterebbe un interesse transfrontaliero certo, come sarebbe comprovato dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione

di due imprese estere, tra le quali figura l'offerente prescelto, e dalla pubblicazione del bando di gara sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Dall'altro lato, l'autorità portuale avrebbe, comunque, inteso sottoporre tale gara d'appalto alle norme applicabili agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/17 e il legislatore lituano avrebbe scelto di estendere talune norme stabilite da tale direttiva agli appalti di valore inferiore alla soglia sopra menzionata.

24 In tali circostanze, il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le disposizioni degli articoli 37, 38, 53 e 54 della direttiva 2004/17, lette in combinato disposto tra loro o separatamente (ma non limitandosi ad esse), debbano essere comprese e interpretate nel senso che:

- a) ostano ad una normativa nazionale in forza della quale, nel caso in cui alcuni subappaltatori siano invitati ad eseguire un appalto di lavori, l'opera principale, come definita dall'amministrazione aggiudicatrice, deve essere eseguita dall'aggiudicatario;
- b) ostano ad un sistema, stabilito dalla documentazione di gara, che prevede il cumulo delle capacità professionali dei fornitori, come specificato dall'amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d'onere controverso, in base al quale la quota corrispondente alla capacità professionale dell'operatore economico interessato (un partner [di un accordo di associazione]) deve coincidere con la parte specifica dei lavori che tale operatore dovrà eseguire in forza dell'appalto pubblico.

2) Se le disposizioni degli articoli 10, 46 [e] e 47 della direttiva 2004/17, lette in combinato disposto tra loro o separatamente (ma non limitandosi a tali disposizioni), debbano essere comprese e interpretate nel senso che:

- a) non comportano una violazione dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza qualora l'amministrazione aggiudicatrice:
 - preveda in via preliminare, nei documenti di gara, la possibilità generale di cumulare le capacità professionali dei fornitori, senza tuttavia stabilire un meccanismo per l'attuazione di tale misura;
 - in un momento successivo, quando la procedura di appalto pubblico è in corso, definisca con maggiore precisione i criteri di valutazione delle qualifiche dei fornitori, stabilendo alcune restrizioni al cumulo delle capacità professionali di questi ultimi;
 - in virtù di tale definizione più precisa del contenuto dei requisiti di qualificazione, proroghi il termine per la presentazione delle offerte e pubblichi il nuovo termine nella *Gazzetta ufficiale* [dell'Unione europea];
- b) una restrizione al cumulo delle capacità professionali non dev'essere chiaramente indicata ex ante, nel caso in cui la natura specifica delle attività svolte dall'amministrazione aggiudicatrice e le peculiari caratteristiche dell'appalto pubblico rendano prevedibile e giustificata tale restrizione».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

25 Il governo lituano ha sostenuto, nelle sue osservazioni scritte nonché in udienza dinanzi alla Corte, che, al fine di rispondere alle questioni sollevate, occorreva tener conto, non soltanto della direttiva 2004/17, ma anche della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei

servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243), dato che il legislatore lituano ha scelto di introdurre nel suo diritto interno talune disposizioni della direttiva 2014/25, ancor prima dell'adozione di quest'ultima, in particolare il suo articolo 79, paragrafo 3, relativo al subappalto.

- 26 La Commissione europea, di diverso parere, ha fatto valere che non si doveva interpretare né la direttiva 2004/17 né la direttiva 2014/25, ma che occorreva rispondere alle questioni sollevate alla luce delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE.
- 27 Per quanto riguarda, in primo luogo, la direttiva 2014/25, occorre ricordare innanzitutto che secondo una giurisprudenza costante della Corte, 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 essa debba 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 (v., in tal senso, sentenza del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 83 e giurisprudenza ivi citata).
- 28 Orbene, nella specie, la gara d'appalto di cui trattasi nel procedimento principale è stata pubblicata il 2 aprile 2014, mentre la direttiva 2014/25 è entrata in vigore il 17 aprile 2014 e ha abrogato la direttiva 2004/17 con effetto a decorrere dal 18 aprile 2016, data in cui è scaduto il suo termine di trasposizione. Inoltre, sebbene il governo lituano affermi di aver recepito nel suo diritto interno talune disposizioni della direttiva 2014/25 ancor prima della sua adozione, esso ha parimenti ammesso, nelle sue osservazioni scritte, che tale direttiva non era ancora stata trasposta alla data dei fatti pertinenti di cui trattasi nel procedimento principale.
- 29 In tali circostanze, non si può tenere conto della direttiva 2014/25 al fine di rispondere alle questioni sollevate.
- 30 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la direttiva 2004/17, dalla decisione di rinvio risulta che l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale è di un valore inferiore alla soglia di EUR 5 186 000 prevista all'articolo 16, lettera b), della direttiva 2004/17. Pertanto, tale direttiva non è applicabile a detto appalto (v., per analogia, sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 15 e giurisprudenza ivi citata).
- 31 Il giudice del rinvio ritiene tuttavia che la Corte abbia competenza per statuire sulle questioni poste e che l'interpretazione delle disposizioni di detta direttiva sia giustificata dai motivi esposti al punto 23 della presente sentenza.
- 32 All'udienza dinanzi alla Corte, il governo lituano, che condivide l'analisi del giudice del rinvio, ha precisato che, in forza della normativa lituana, l'ente aggiudicatore può scegliere di sottoporre una gara d'appalto il cui valore sia inferiore alla soglia sopra menzionata, o alle regole fissate dalla direttiva 2004/17, oppure alla procedura semplificata prevista dal diritto nazionale per tale tipo di appalti. Se, come nella specie, detto ente sceglie la prima opzione, esso è tenuto, secondo tale governo, ad applicare tutte le disposizioni della direttiva in parola.
- 33 A tale riguardo, va ricordato che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni non disciplinate dall'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da tale atto, sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un'interpretazione uniforme (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punto 46, e del 7 novembre 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punto 22).
- 34 Così, l'interpretazione delle disposizioni di un atto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultimo si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento

identico a dette situazioni e a quelle rientranti in tale ambito di applicazione (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punto 47; del 7 novembre 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punti 22 e 23, nonché del 14 gennaio 2016, Ostas celnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punto 20).

- 35 Tuttavia, da giurisprudenza costante risulta altresì che, quando le condizioni esposte ai due punti precedenti della presente sentenza non sono soddisfatte, per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale (sentenza del 16 aprile 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 17 e giurisprudenza ivi citata).
- 36 Per quanto riguarda più in particolare l'aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17, la Corte può tener conto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE, in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi (v., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti da 22 a 24; del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 27, e del 6 ottobre 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, punto 19).
- 37 È alla luce di quanto precede che va esaminato, per ciascuna delle questioni sollevate, se l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/17 sia giustificata nella specie, alla luce delle considerazioni esposte ai punti 33 e 34 della presente sentenza, o se occorra rispondere a tali questioni alla luce delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE sopra menzionati, tenuto conto delle considerazioni figuranti ai punti 35 e 36 di tale sentenza.

Sulla prima questione, lettera a)

- 38 Con la sua prima questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2004/17 debba essere interpretata nel senso che osta a una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore.
- 39 In limine, va sottolineato che, per quanto riguarda il ricorso al subappalto, la direttiva 2004/17, al suo articolo 37 e al suo allegato XVI, si limita a prevedere taluni obblighi in materia di informazione e di responsabilità dell'offerente. Essa aggiunge, al suo articolo 38, che gli enti aggiudicatori possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché, segnatamente, esse siano compatibili con il diritto dell'Unione.
- 40 Per contro, come rilevato dal giudice del rinvio, tale direttiva non contiene alcuna disposizione di contenuto analogo a quello dell'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici. Inoltre, secondo tale giudice, il legislatore lituano non ha indicato di aver tenuto conto di tale direttiva nell'adottare quest'ultima disposizione.
- 41 In tali circostanze, non si può ritenere che l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, allorché si applica ad appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17, operi un rinvio diretto e incondizionato alla stessa, ai sensi della giurisprudenza esposta al punto 34 della presente sentenza (v., per analogia, sentenza del 7 luglio 2011, Agafiței e a., C-310/10, EU:C:2011:467, punto 45).

- 42 Ne consegue che l'interpretazione di tale direttiva non è giustificata al fine di rispondere alla prima questione, lettera a).
- 43 Tuttavia, com'è stato esposto ai punti 35 e 36 della presente sentenza, la Corte, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, può essere indotta a prendere in considerazione le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, in particolare gli articoli 49 e 56 di questo e i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo.
- 44 Un appalto può presentare un siffatto interesse in considerazione, in particolare, dell'importo di una certa consistenza, in combinazione con le sue caratteristiche specifiche o ancora con il luogo di esecuzione dei lavori. Può altresì essere preso in considerazione l'interesse di operatori ubicati in altri Stati membri a partecipare alla procedura per l'aggiudicazione di tale appalto, a condizione che detto interesse sia reale e non fittizio (v., in tal senso, sentenza del 16 aprile 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).
- 45 Orbene, nella specie, il giudice del rinvio ha stabilito che l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale presentava un interesse transfrontaliero certo. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, il valore di tale appalto, benché inferiore alle soglie fissate all'articolo 16, lettera b), della direttiva 2004/17, è relativamente elevato. Inoltre, come sottolineato dal governo lituano, detto appalto concerne la costruzione delle banchine di un porto marittimo di importanza strategica per la sicurezza nazionale. Per di più, dalla decisione di rinvio risulta che due imprese estere, tra le quali figura l'offerente prescelto, hanno partecipato alla procedura di gara d'appalto.
- 46 Ne consegue che occorre rispondere alla prima questione, lettera a), alla luce delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE, in particolare degli articoli 49 e 56 dello stesso. In particolare, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, si deve verificare se una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, non possa costituire un ostacolo ingiustificato alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi.
- 47 A tal fine, occorre ricordare che gli articoli 49 e 56 TFUE ostano a ogni misura nazionale che, pur se applicabile senza discriminazioni in base alla nazionalità, sia in grado di vietare, di ostacolare o di rendere meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (sentenze del 27 ottobre 2005, *Contse e a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25; del 23 dicembre 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 41, e dell'8 settembre 2016, *Politanò*, C-225/15, EU:C:2016:645, punto 37).
- 48 Per quanto riguarda gli appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile, incluso per gli appalti che non sono disciplinati dalla direttiva 2004/17 (v., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punto 29, nonché del 28 gennaio 2016, *CASTA e a.*, C-50/14, EU:C:2016:56, punto 55). Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo.
- 49 Orbene, una disposizione nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, può ostacolare, scoraggiare o rendere meno attraente la partecipazione di operatori economici con sede in altri Stati membri alla procedura di gara o all'esecuzione di un appalto pubblico come quello di cui trattasi nel procedimento principale, poiché essa impedisce a tali operatori sia di subappaltare a terzi tutto o parte delle opere qualificate come «principali» dall'ente aggiudicatore, sia di proporre i loro servizi in quanto subappaltatori per tale parte dei lavori.
- 50 Pertanto, detta disposizione costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

- 51 Tuttavia, una restrizione siffatta può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine (v., in tal senso, sentenze del 27 ottobre 2005, *Contse e a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, punto 25, nonché del 23 dicembre 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 44).
- 52 Nel procedimento principale, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che, da un lato, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici mira a garantire un'esecuzione corretta dei lavori. Così, tale disposizione sarebbe stata adottata in particolare allo scopo di ostacolare una pratica esistente che consiste, per un offerente, nel far valere capacità professionali al solo fine di aggiudicarsi l'appalto di cui trattasi, con l'intento, non già di eseguire esso stesso i lavori, bensì di affidarne la maggior parte o la quasi totalità a subappaltatori, pratica che comprometteva la qualità degli stessi lavori e la loro corretta realizzazione. Dall'altro lato, nel limitare il ricorso al subappalto alle opere qualificate come «non principali», l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici mirerebbe a incoraggiare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici in qualità di co-offerenti nell'ambito di un gruppo di operatori economici anziché in quanto subappaltatori.
- 53 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'obiettivo attinente all'esecuzione corretta dei lavori, esso dev'essere considerato legittimo.
- 54 Tuttavia, sebbene non sia escluso che un siffatto obiettivo possa giustificare talune limitazioni al ricorso al subappalto (v., in tal senso, sentenze del 18 marzo 2004, *Siemens e ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, punto 45, e del 14 luglio 2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, punto 34), va ritenuto che una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, eccede quanto necessario al fine di raggiungere tale obiettivo, in quanto vieta in modo generale un siffatto ricorso al subappalto per le opere qualificate come «principali» dall'ente aggiudicatore.
- 55 Tale divieto, infatti, si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori nonché dalle qualifiche dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte di tale ente.
- 56 Certamente, l'ente aggiudicatore resta libero di definire le opere che devono essere qualificate come «principali». Tuttavia, esso rimane tenuto a prevedere, per tutti gli appalti, che l'insieme di tali opere sarà realizzato dall'offerente stesso. Infatti, l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici vieta il ricorso al subappalto per dette opere, incluso nei casi in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le capacità dei subappaltatori interessati e ritenga dopo tale verifica, che un siffatto divieto non sia necessario alla corretta esecuzione dei lavori, in considerazione, in particolare, della natura dei compiti che l'offerente intende delegare a detti subappaltatori.
- 57 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, una misura alternativa meno restrittiva e che garantisca la realizzazione dell'obiettivo perseguito avrebbe potuto consistere nel richiedere agli offerenti di indicare, nell'offerta, la parte dell'appalto e i lavori che essi hanno intenzione di subappaltare, i subappaltatori proposti e le loro capacità. Si potrebbe anche prevedere, in particolare, la possibilità per l'ente aggiudicatore di vietare agli offerenti di sostituire subappaltatori se tale ente non abbia potuto verificare previamente l'identità e la capacità di questi ultimi.
- 58 Del resto, con riferimento all'argomento del giudice del rinvio e del governo lituano, secondo cui l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici è stato adottato al fine di ostacolare una pratica esistente che consiste, per gli offerenti, nel far valere capacità professionali al solo fine di aggiudicarsi l'appalto considerato, con l'intento di affidare la maggior parte o la quasi totalità dei lavori a subappaltatori, occorre rilevare che tale disposizione non ha ad oggetto specificamente una siffatta pratica. Così, essa vieta all'offerente di delegare la realizzazione di tutte le opere qualificate

come «principali» dall'ente aggiudicatore, compresi compiti che rappresentano, proporzionalmente, solo una piccola parte di tali opere. Pertanto, detta disposizione eccede quanto è necessario ad ostacolare la pratica sopra menzionata.

- 59 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la giustificazione derivante dall'incoraggiamento delle piccole e medie imprese a partecipare a un appalto in quanto co-offerenti anziché in qualità di subappaltatori, non è certamente escluso che un siffatto obiettivo, in talune circostanze e a determinate condizioni, possa costituire un obiettivo legittimo (v., per analogia, sentenza del 25 ottobre 2007, Geurts e Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, punto 26).
- 60 Tuttavia, e in ogni caso, niente tra gli elementi di cui dispone la Corte indica in che modo una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, sia necessaria al fine di realizzare tale obiettivo.
- 61 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione, lettera a), dichiarando che, riguardo a un appalto pubblico che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della legge relativa agli appalti pubblici, che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore.

Sulla seconda questione

- 62 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2004/17 e, in particolare, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza, da essa derivanti, debbano essere interpretati nel senso che essi consentono all'ente aggiudicatore di modificare, dopo la pubblicazione del bando di gara, talune clausole del capitolato d'onori, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, dal momento che tale ente, a motivo delle modifiche effettuate, che sono state annunciate da una pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, ha prorogato il termine di presentazione delle offerte.
- 63 In limine, va rilevato che una siffatta possibilità di modificare i documenti di gare d'appalto è prevista all'articolo 27, paragrafo 4, della legge relativa agli appalti pubblici.
- 64 Orbene, come sottolineato dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, la direttiva 2004/17 non contiene alcuna disposizione al riguardo.
- 65 In tali circostanze, non si può ritenere che l'articolo 27, paragrafo 4, della legge relativa agli appalti pubblici, allorché si applica ad appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva, operi un rinvio diretto e incondizionato alla stessa, ai sensi della giurisprudenza esposta al punto 34 della presente sentenza (v., per analogia, sentenza del 7 luglio 2011, Agafitei e a., C-310/10, EU:C:2011:467, punto 45).
- 66 Ne consegue che l'interpretazione di tale direttiva non è giustificata al fine di rispondere alla seconda questione.
- 67 Tuttavia, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, per le ragioni esposte ai punti da 43 a 45 della presente sentenza, occorre rispondere a tale questione alla luce delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE, tra i quali figurano i principi di non discriminazione e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza, che derivano segnatamente dagli articoli 49 e 56 TFUE, e sui quali s'interroga in particolare tale giudice.

- 68 Al riguardo, occorre rilevare che, conformemente a una giurisprudenza costante della Corte, tali principi e detto obbligo richiedono, in particolare, che gli offerenti si trovino su un piano di parità al momento in cui preparano le loro offerte. L'obbligo di trasparenza mira più specificamente a garantire l'assenza di favoritismi e arbitrarietà da parte dell'ente aggiudicatore (v., in tal senso, sentenze del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44, e del 14 luglio 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, punto 22).
- 69 Tali principi e detto obbligo implicano in particolare che l'oggetto e i criteri di aggiudicazione dell'appalto considerato siano chiaramente definiti fin dalla fase dell'avvio della procedura di aggiudicazione di quest'ultimo e che 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'oneri in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano detto appalto (v., in tal senso, sentenze del 10 maggio 2012, *Commissione/Paesi Bassi*, C-368/10, EU:C:2012:284, punti 56, 88 e 109; del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44, nonché del 14 luglio 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, punto 23). L'obbligo di trasparenza comporta altresì che l'oggetto e i criteri di aggiudicazione dell'appalto debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte dell'ente aggiudicatore (v., in tal senso, sentenza del 24 gennaio 2008, *Lianakis e a.*, C-532/06, EU:C:2008:40, punto 40).
- 70 Dalla giurisprudenza della Corte risulta parimenti che l'ente aggiudicatore non può, in linea di principio, modificare, nel corso della procedura di aggiudicazione, la portata delle condizioni essenziali dell'appalto, tra le quali figurano le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione, e sulle quali gli operatori economici interessati si sono legittimamente basati per prendere la decisione di preparare la presentazione di un'offerta o, al contrario, di rinunciare a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto considerato (v., in tal senso, sentenze del 10 maggio 2012, *Commissione/Paesi Bassi*, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 55, e del 16 aprile 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punti da 27 a 29).
- 71 Tuttavia, ciò non comporta che qualsiasi modifica del capitolato d'oneri dopo la pubblicazione del bando di gara sia vietata, per principio e in ogni circostanza.
- 72 Infatti, l'ente aggiudicatore ha eccezionalmente la possibilità di correggere o di completare i dati del capitolato d'oneri che necessitino di un semplice chiarimento o al fine di correggere errori materiali manifesti, a condizione di informarne tutti gli offerenti (v., per analogia, sentenza del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40).
- 73 Tale ente deve parimenti essere autorizzato ad apportare talune modifiche al capitolato d'oneri, in particolare per quanto riguarda le condizioni e le modalità di cumulo delle capacità professionali, a condizione che i principi di non discriminazione e di parità di trattamento nonché l'obbligo di trasparenza siano rispettati.
- 74 Tale requisito implica, in primo luogo, che le modifiche considerate, sebbene possano essere rilevanti, non devono essere così sostanziali da attirare potenziali offerenti che, in assenza delle stesse, non sarebbero in grado di presentare un'offerta. Ciò accadrebbe, in particolare, nel caso in cui le modifiche rendano la natura dell'appalto sensibilmente diversa da quella che era stata definita inizialmente.
- 75 In secondo luogo, detto requisito implica che tali modifiche siano oggetto di un'adeguata pubblicità, cosicché da consentire a tutti i potenziali offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di prenderne conoscenza alle medesime condizioni e allo stesso momento.

- 76 In terzo luogo, il medesimo requisito suppone, poi, da un lato, che tali modifiche intervengano prima della presentazione delle offerte da parte degli offerenti, e, dall'altro lato, che il termine di presentazione delle offerte sia prorogato qualora dette modifiche siano rilevanti, che la durata di tale proroga sia in funzione della rilevanza delle stesse modifiche e che essa sia sufficiente al fine di consentire agli operatori economici interessati di adeguare la loro offerta di conseguenza.
- 77 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che, riguardo a un appalto pubblico che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza, che derivano in particolare dagli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a che l'ente aggiudicatore modifichi, dopo la pubblicazione del bando di gara, una clausola del capitolato d'oneri relativa alle condizioni e alle modalità di cumulo delle capacità professionali, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, purché, in primo luogo, le modifiche effettuate non siano così sostanziali da attirare potenziali offerenti che, in assenza delle stesse, non sarebbero in grado di presentare un'offerta, in secondo luogo, dette modifiche siano oggetto di un'adeguata pubblicità, e, in terzo luogo, esse intervengano prima della presentazione delle offerte da parte degli offerenti, il termine di presentazione di tali offerte sia prorogato qualora le modifiche considerate siano rilevanti, la durata di tale proroga sia commisurata alla rilevanza di dette modifiche e sufficiente al fine di consentire agli operatori economici interessati di adeguare la loro offerta di conseguenza, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulla prima questione, lettera b)

- 78 Con la sua prima questione, lettera b), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2004/17 debba essere interpretata nel senso che osta a una clausola di un capitolato d'oneri, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, che, in caso di presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti, richiede che il contributo di ciascuno di essi per soddisfare i requisiti applicabili in materia di capacità professionali corrisponda, proporzionalmente, alla parte dei lavori che eseguirà effettivamente se gli verrà aggiudicato l'appalto considerato.
- 79 In limine, l'autorità portuale ha precisato, in sostanza, all'udienza dinanzi alla Corte, che la clausola 4.3 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale doveva essere letta in combinato disposto con la clausola 4.2.3 dello stesso capitolato. Conformemente a quest'ultima clausola, gli offerenti che intendono presentare un'offerta congiunta devono indicare in un contratto di associazione la parte dei lavori che ciascuno di loro s'impegna ad eseguire, fermo restando che tale partecipazione è liberamente determinata da detti offerenti. Tale clausola 4.3 consentirebbe a detta autorità di verificare, al momento dell'esame delle offerte, che ciascun offerente interessato abbia le capacità professionali corrispondenti proporzionalmente alla parte dei lavori che s'impegna a realizzare conformemente a tale contratto e che eseguirà effettivamente in caso di aggiudicazione dell'appalto.
- 80 Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 56 delle sue conclusioni, la clausola 4.3 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale riguarda l'aggiudicazione dell'appalto e, più in particolare, la possibilità per gli offerenti che presentano un'offerta congiunta di cumulare le loro capacità professionali al fine di rispondere ai requisiti di tale capitolato.
- 81 Una siffatta possibilità è prevista all'articolo 32, paragrafo 3, della legge relativa agli appalti pubblici.
- 82 Orbene, dalla decisione di rinvio risulta che tale disposizione, che si applica a tutti gli appalti di lavori, indipendentemente dal loro valore, riproduce fedelmente il contenuto dell'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17. Inoltre, il giudice del rinvio ha indicato che, in sede di trasposizione di tale direttiva

nel diritto lituano, il legislatore nazionale aveva scelto di estendere talune disposizioni della stessa agli appalti di valore inferiore alle soglie fissate all'articolo 16, lettera b), di detta direttiva, in particolare, prevedendo disposizioni analoghe *expressis verbis* a quelle della medesima direttiva.

- 83 In tali circostanze, si deve ritenere che l'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17 è stato reso applicabile, in modo diretto e incondizionato, agli appalti esclusi dall'ambito di applicazione della stessa direttiva dall'articolo 32, paragrafo 3, della legge relativa agli appalti pubblici.
- 84 Pertanto, alla luce della giurisprudenza ricordata ai punti 33 e 34 della presente sentenza, occorre esaminare la prima questione, lettera b), alla luce dell'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17.
- 85 Tale disposizione riconosce il diritto di ogni operatore economico, quando l'ente aggiudicatore fissa un criterio di selezione qualitativa che comporta requisiti relativi alle capacità tecniche o professionali, di far valere, per un determinato appalto, le capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'ente aggiudicatore che l'offerente disporrà effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto (v., per analogia, sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 33 e giurisprudenza ivi citata). Conformemente alla medesima disposizione, tale diritto si estende ai gruppi di operatori economici che presentano un'offerta congiunta, i quali, alle stesse condizioni, possono far valere le capacità dei loro partecipanti o di altri soggetti.
- 86 Tuttavia, la direttiva 2004/17 non osta a che l'esercizio del diritto sancito al suo articolo 54, paragrafo 6, sia limitato in casi eccezionali (v., per analogia, sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 39).
- 87 In particolare, non si può escludere che, in talune circostanze specifiche, tenuto conto della natura e degli obiettivi di un determinato appalto nonché dei lavori considerati, le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di tale appalto, non siano trasmissibili all'offerente considerato, di modo che quest'ultimo può fare affidamento su dette capacità solo se tale soggetto partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di detto appalto (v., in tal senso, sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 41).
- 88 In siffatte circostanze, l'ente aggiudicatore, ai fini della corretta esecuzione di tale appalto, può indicare espressamente, nei documenti dell'appalto, regole precise secondo le quali un operatore economico può far valere le capacità di altri enti, a condizione che tali regole siano connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto (v., in tal senso, sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punti da 54 a 56).
- 89 Del pari, non può escludersi a priori che, in particolari circostanze, alla luce della natura dei lavori considerati nonché dell'oggetto e dello scopo dell'appalto, le capacità dei diversi partecipanti di un gruppo di operatori economici che presentano un'offerta congiunta, necessarie alla corretta esecuzione di detto appalto, non possano essere trasmesse tra tali partecipanti. In un caso siffatto, l'ente aggiudicatore sarebbe, così, legittimato ad esigere che ognuno di detti partecipanti esegua lavori corrispondenti alle proprie capacità.
- 90 Nella specie, l'autorità portuale e il governo lituano sostengono, in sostanza, che la clausola 4.3 del capitolato d'onere di cui trattasi nel procedimento principale mira ad evitare che un offerente, al fine di aggiudicarsi la gara d'appalto, faccia valere capacità che non ha intenzione di impiegare, e, per contro, che un offerente possa accedere all'appalto e effettuare una parte dei lavori, senza tuttavia avere le capacità e i mezzi necessari alla corretta esecuzione degli stessi.

- 91 A tale riguardo, non si può certamente escludere che, tenuto conto della tecnicità e della rilevanza dei lavori di cui trattasi nel procedimento principale, la loro esecuzione corretta richieda che, in caso di presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti, ciascuno di essi esegua i compiti specifici corrispondenti alle proprie capacità professionali, in considerazione dell'oggetto o della natura di tali lavori o compiti.
- 92 Tuttavia, non sembra essere questa la portata della clausola 4.3 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale. Come sostanzialmente rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 63 e 64 delle sue conclusioni, infatti, tale clausola richiede che vi sia una corrispondenza meramente aritmetica fra il contributo di ciascun offerente interessato per soddisfare i requisiti applicabili in materia di capacità professionali e la parte dei lavori che tale offerente s'impegna a realizzare e che eseguirà effettivamente in caso di aggiudicazione dell'appalto. Per contro, tale clausola non tiene conto della natura dei compiti da realizzare da parte di ciascun offerente né delle competenze tecniche proprie di ognuno di essi. In tali circostanze, detta clausola 4.3 non osta a che uno degli offerenti interessati svolga taluni compiti specifici per i quali non ha, in realtà, l'esperienza o le capacità richieste.
- 93 Peraltro, l'autorità portuale e il governo lituano hanno rilevato che la clausola 4.3 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale non vietava agli offerenti interessati di ricorrere al subappalto per l'esecuzione delle opere qualificate come «non principali» e che, conformemente alla clausola 4.4 di tale capitolato d'oneri, le capacità professionali dei subappaltatori non erano state verificate. Se tale ipotesi ricorresse, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, si dovrebbe ritenere che detta clausola 4.3, da un lato, non garantisce che gli offerenti impiegheranno effettivamente le capacità che hanno dichiarato al momento dell'aggiudicazione dell'appalto e che sono state prese in considerazione dall'autorità portuale ai fini dell'esame delle offerte. Dall'altro lato, essa non esclude che le opere qualificate come «non principali» siano realizzate da subappaltatori che non dispongono delle capacità professionali richieste.
- 94 Ne consegue che la clausola 4.3 del capitolato d'oneri di cui trattasi nel procedimento principale non è idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti.
- 95 Pertanto, va ritenuto che la limitazione del diritto di cui all'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17 risultante da tale clausola non è giustificata in considerazione dell'oggetto e dello scopo dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale.
- 96 In tali circostanze, si deve rispondere alla prima questione, lettera b), dichiarando che l'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che osta a una clausola di un capitolato d'oneri, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, che, in caso di presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti, richiede che il contributo di ciascuno di essi per soddisfare i requisiti applicabili in materia di capacità professionali corrisponda, proporzionalmente, alla parte dei lavori che eseguirà effettivamente se gli verrà aggiudicato l'appalto considerato.

Sulle spese

- 97 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 (Quinta Sezione) dichiara:

- 1) **Riguardo a un appalto pubblico che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di una normativa nazionale, come l'articolo 24, paragrafo 5, della Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (legge lituana relativa agli appalti pubblici), che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore.**
- 2) **Riguardo a un siffatto appalto pubblico, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza, che derivano in particolare dagli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a che l'ente aggiudicatore modifichi, dopo la pubblicazione del bando di gara, una clausola del capitolato d'oneri relativa alle condizioni e alle modalità di cumulo delle capacità professionali, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, purché, in primo luogo, le modifiche effettuate non siano così sostanziali da attirare potenziali offerenti che, in assenza delle stesse, non sarebbero in grado di presentare un'offerta, in secondo luogo, dette modifiche siano oggetto di un'adeguata pubblicità, e, in terzo luogo, esse intervengano prima della presentazione delle offerte da parte degli offerenti, il termine di presentazione di tali offerte sia prorogato qualora le modifiche considerate siano rilevanti, la durata di tale proroga sia commisurata alla rilevanza di dette modifiche e sufficiente al fine di consentire agli operatori economici interessati di adeguare la loro offerta di conseguenza, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.**
- 3) **L'articolo 54, paragrafo 6, della direttiva 2004/17, come modificata dal regolamento n. 1336/2013, deve essere interpretato nel senso che osta a una clausola di un capitolato d'oneri, come la clausola 4.3 di cui trattasi nel procedimento principale, che, in caso di presentazione di un'offerta congiunta da parte di più offerenti, richiede che il contributo di ciascuno di essi per soddisfare i requisiti applicabili in materia di capacità professionali corrisponda, proporzionalmente, alla parte dei lavori che eseguirà effettivamente se gli verrà aggiudicato l'appalto considerato.**

Firme