

La Corte di Giustizia sulla possibilità di richiedere la dimostrazione di un livello minimo di capacità economica e finanziaria con riferimento a specifici elementi del bilancio societario.

di Daniele Lutrino

Data di pubblicazione: 13-11-2012

Corte Giustizia UE – sez. VII – sentenza 18 ottobre 2012 (causa n. C-218/11)
Presidente Arestis; Relatore Švábý

Gli articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento a uno o più elementi specifici del bilancio, purché questi siano oggettivamente idonei a fornire informazioni su tale capacità in capo ad un operatore economico e che tale livello sia adeguato all'importanza dell'appalto di cui trattasi. Ciò che rileva è la costituzione in senso oggettivo di un indice positivo circa l'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria che sia sufficiente a portare a buon fine l'esecuzione di tale appalto, senza però andare oltre quanto è ragionevolmente necessario a tal fine. In linea di principio, il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non può essere escluso per la sola ragione che tale livello riguarda un elemento del bilancio sul quale possono sussistere differenze tra le legislazioni dei vari Stati membri.

L'art. 47 della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, qualora per un operatore economico sia impossibile soddisfare un livello minimo di capacità economica e finanziaria consistente nel fatto che il risultato d'esercizio dei candidati o degli offerenti non sia negativo per più di un esercizio negli ultimi tre esercizi chiusi, a causa di una convenzione in forza della quale tale operatore economico trasferisce sistematicamente i suoi utili alla società madre, quest'ultimo non ha altra possibilità, per soddisfare tale livello minimo di capacità, che quella di fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, conformemente al paragrafo 2 di detto articolo. Al riguardo è irrilevante il fatto che le legislazioni dello Stato membro di stabilimento del suddetto operatore economico e dello Stato membro di stabilimento dell'amministrazione aggiudicatrice divergano, in quanto una simile convenzione è autorizzata senza limiti dalla legislazione del primo Stato membro, mentre, ai sensi della legislazione del secondo, lo sarebbe solo a condizione che il trasferimento degli utili non abbia l'effetto di rendere negativo il risultato di bilancio.

SENTENZA DELLA CORTE (Settima Sezione)
18 ottobre 2012

«Direttiva 2004/18/CE - Appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - Articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafi 1, lettera b), 2 e 5 - Capacità economica e finanziaria dei candidati o degli offerenti - Livello minimo di capacità stabilito sulla base di un unico indicatore del bilancio - Dato contabile influenzabile dalle divergenze tra le normative nazionali in materia di conti annuali delle società»

Nella causa C-218/11,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Fovárosi Ítélotábla (Ungheria), con decisione del 20 aprile 2011, pervenuta in cancelleria l'11 maggio 2011,

nel procedimento
Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig),
Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, divenuta Hochtief Solutions AG
Magyarországi Fióktelepe,
contro
Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,
con l'intervento di:
Vegyépszér Építő és Szerelő Zrt,
MÁVÉPCELL Kft,

LA CORTE (Settima Sezione),
composta dal sig. G. Arestis, facente funzione di presidente di sezione, dai sigg. J. Malenovský e D. Šváby (relatore), giudici,
avvocato generale: sig. Y. Bot
cancelliere: sig.ra K. Sztranc-Slawiczek, amministratore
vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 29 marzo 2012,
considerate le osservazioni presentate:
– per l'Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig), da G Buda, A. Cséza e D. Kuti, ügyvédek,
– per la Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, divenuta Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe, da Z. Mucsányi, ügyvéd,
– per il governo ungherese, da Z. Fehér, K. Szíjjártó e G. Koós, in qualità di agenti,
– per il governo ceco, da M. Smolek e T. Müller, in qualità di agenti,
– per il governo tedesco, da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti,
– per la Commissione europea, da A. Tokár e A. Sipos, in qualità di agenti,
vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,
ha pronunciato la seguente Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafi 1, lettera b), 2 e 5, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione

degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

2 Tale domanda è stata presentata dalla Fovárosi Ítélotábla (corte d'appello della capitale) dinanzi alla quale è stata impugnata, in sede di appello, una decisione della Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (commissione arbitrale per gli appalti pubblici del consiglio per gli appalti pubblici), organo arbitrale amministrativo. La suddetta decisione è stata adottata nell'ambito di una controversia tra la Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, divenuta Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (in prosieguo: la «Hochtief Ungheria»), filiale ungherese della Hochtief Solutions AG, società di diritto tedesco, e l'Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövíz) (direzione per la difesa dell'ambiente e delle acque della Transdanubia settentrionale) in merito a una procedura di aggiudicazione di una procedura d'appalto pubblico ristretta che quest'ultima aveva indetto. Nell'ambito del suddetto ricorso, proposto dalla Hochtief Ungheria, tale organo arbitrale è convenuto e l'Édukövíz è considerata ricorrente a fianco della Hochtief Ungheria.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 2004/18

3 Nella direttiva 2004/18 si leggono, in particolare, i seguenti considerando:

«(...)

(2) L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato.

(...)

(39) La verifica dell'idoneità degli offerenti, nelle procedure aperte, e dei candidati, nelle procedure ristrette e negoziate con pubblicazione di un bando di gara nonché nel dialogo competitivo, e la loro selezione dovrebbero avvenire in condizioni di trasparenza. A questo riguardo è opportuno che siano indicati i criteri non discriminatori che le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare per la selezione dei candidati ed i mezzi di cui gli operatori economici possono avvalersi per dimostrare di ottemperare a tali criteri. In vista di tale trasparenza le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere tenute a indicare, fin dall'avvio del confronto competitivo, i criteri di selezione cui si atterrano, nonché il livello di capacità specifiche eventualmente preteso dagli operatori economici per ammetterli alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

(40) L'amministrazione aggiudicatrice può limitare il numero di candidati alle procedure ristrette e negoziate con la pubblicazione di un bando di gara, nonché al dialogo competitivo. La riduzione del numero di candidati dovrebbe essere effettuata sulla base di criteri oggettivi indicati nel bando di gara. (...).

(...)».

4 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, intitolato «Principi di aggiudicazione degli

appalti»:

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

5 L'articolo 44 di tale direttiva, intitolato «Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione», dispone quanto segue:

«1. L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, (...) previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici (...) effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere livelli minimi di capacità, conformemente agli articoli 47 e 48, che i candidati e gli offerenti devono possedere.

La portata delle informazioni di cui agli articoli 47 e 48 nonché i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Detti livelli minimi sono indicati nel bando di gara.

3. Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare od a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri o le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare (...).

(...)».

6 L'articolo 47 di detta direttiva intitolato «Capacità economica e finanziaria», enuncia quanto segue:

«1. In linea di massima, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:

a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali;

b) bilanci o estratti di bilanci, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese nel quale l'operatore economico è stabilito;

c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su di tali fatturati siano disponibili.

2. Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti.

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

4. Le amministrazioni aggiudicatrici precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le altre eventuali referenze probanti che devono essere presentate.

5. L'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità

economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice».

La direttiva 78/660/CEE

7 Come risulta dal suo primo considerando, la quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo [44, paragrafo 2, lettera g),] del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (GU L 222, pag. 11), ha armonizzato le norme nazionali relative, in particolare, alla struttura e al contenuto dei conti annuali nonché ai metodi di valutazione e alla pubblicazione di tali documenti per quanto attiene alle società per azioni ed alle società a responsabilità limitata. L'articolo 1, paragrafo 1, di tale direttiva, che elenca i tipi di società interessate, indica segnatamente, per la Repubblica federale di Germania, l'«Aktiengesellschaft».

8 L'armonizzazione realizzata dalla suddetta direttiva è però solo parziale. Infatti, all'articolo 6, è previsto segnatamente che gli Stati membri possano autorizzare o prescrivere la modifica degli schemi dello stato patrimoniale e del conto profitti e perdite al fine di mettere in evidenza la destinazione dei profitti o delle perdite.

Il diritto tedesco e il diritto ungherese

9 Emerge dalla decisione di rinvio che la normativa tedesca e quella ungherese in materia di conti annuali delle società prevedono entrambe che la voce del bilancio relativa al risultato debba rendere conto della distribuzione dei dividendi. Tuttavia, mentre la normativa ungherese la autorizza solo qualora non renda negativa detta voce del bilancio, la normativa tedesca non prevede una limitazione analoga, almeno per quanto concerne il trasferimento degli utili da una controllata alla società madre.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

10 Con bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 25 luglio 2006, l'Édukövízig ha avviato una procedura ristretta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico relativo alla realizzazione di lavori d'infrastruttura per i trasporti. Risulta dal fascicolo che il valore stimato di tali lavori si situa tra HUF 7,2 e HUF 7,5 miliardi, ossia tra EUR 23 300 000 e EUR 24 870 000 circa.

11 Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria dei candidati, l'amministrazione aggiudicatrice ha preteso che venisse fornito un documento uniforme, redatto secondo le regole contabili, e ha fissato un livello minimo consistente nel fatto che il risultato ripreso nel bilancio non fosse stato negativo per più di un esercizio negli ultimi tre esercizi chiusi (in prosieguo: il «presupposto economico»).

12 La Hochtief AG è la società madre di un gruppo cui appartiene la Hochtief Solutions AG, controllata della prima società al 100%. Si tratta di una società di diritto tedesco. La Hochtief Ungheria è la filiale ungherese della seconda. Emerge dalla decisione di rinvio che la Hochtief Ungheria ha, quantomeno, la facoltà di riferirsi esclusivamente alla situazione della Hochtief Solutions AG per quanto riguarda il presupposto economico.

13 In forza di un contratto di trasferimento di utili, gli utili realizzati dalla Hochtief Solutions AG devono essere trasferiti ogni anno alla società madre, cosicché il risultato menzionato nel bilancio della Hochtief Solutions AG è sempre negativo o pari a zero.

14 La Hochtief Ungheria ha contestato la regolarità del presupposto economico, perché sarebbe discriminatorio e violerebbe talune norme della legge ungherese attuative della direttiva 2004/18.

15 A tal proposito, il giudice del rinvio espone che, mediante applicazione delle norme in materia di conti annuali applicabili alle società di diritto tedesco, o quanto meno ai gruppi di

società di diritto tedesco, è possibile che una società presenti un risultato positivo dopo l'imposta, ma un risultato negativo d'esercizio, perché sono stati distribuiti dividendi o trasferiti utili eccedenti l'utile dopo avere assolto l'imposta, mentre la normativa ungherese vieta la distribuzione di dividendi che renda negativo il risultato d'esercizio.

16 La Hochtief Ungheria ha contestato la regolarità del presupposto economico dinanzi alla Közbeszerések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, la cui decisione è stata oggetto di ricorso da parte della Hochtief Ungheria dinanzi ad un giudice di primo grado, poi dinanzi al giudice del rinvio.

17 Dinanzi al giudice del rinvio, la Hochtief Ungheria ha sostenuto che il presupposto economico non consente di comparare i candidati obiettivamente e senza discriminazioni, in quanto le norme sui conti annuali delle società per quanto riguarda il pagamento di dividendi all'interno dei gruppi di imprese possono variare da uno Stato membro all'altro. Sicuramente ciò si verificherebbe per quanto riguarda l'Ungheria e la Repubblica federale di Germania. Il presupposto economico sarebbe indirettamente discriminatorio, perché sfavorirebbe i candidati che non possono soddisfarlo, o potrebbero difficilmente soddisfarlo, in quanto soggetti, nel loro Stato membro di stabilimento, a una legislazione diversa da quella applicabile nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice.

18 Il giudice del rinvio dichiara, da un lato, che si evince dagli articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18 che un'amministrazione aggiudicatrice può fissare un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento al bilancio e, dall'altro, che tale articolo 47 tiene conto delle differenze che possono sussistere tra le legislazioni nazionali in materia di conti annuali di società. Pertanto, tale giudice si chiede come sia possibile definire un livello minimo di capacità economica e finanziaria che sia paragonabile indipendentemente dal luogo di stabilimento di una società, quando tale livello deve essere attestato con documenti costitutivi delle referenze di cui a detto articolo 47, paragrafo 1, lettera b), ma che possono divergere da uno Stato membro all'altro per il tenore e le indicazioni che forniscono.

19 In tale contesto, la Fovárosi Ítélotábla ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la norma che prevede che i livelli minimi di capacità richiesti all'articolo 44, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 (...) siano conformi all'articolo 47, paragrafo 1, lettera b), della stessa direttiva, debba essere interpretata nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici possono far dipendere i livelli minimi di capacità da un unico indicatore del documento contabile (bilancio) da queste scelto per provare la capacità economica e finanziaria.

2) Nel caso di risposta affermativa alla prima questione, questo tribunale chiede inoltre se possa ritenersi conforme al citato articolo 44, paragrafo 2, di detta direttiva, la scelta di un dato (il risultato dell'esercizio) per la valutazione del livello minimo di capacità, che presenta un diverso contenuto a seconda della normativa contabile di ciascuno Stato membro.

3) Se, per compensare le differenze indubbiamente esistenti tra gli Stati membri sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice garantisca la possibilità di ricorrere, oltre ai documenti scelti per provare la capacità economica e finanziaria, a mezzi esterni (articolo 47, paragrafo [2, della direttiva 2004/18]) oppure, se per soddisfare il requisito di conformità rispetto a tutti i documenti indicati dall'amministrazione aggiudicatrice, questa debba garantire che tale capacità possa essere provata in altro modo (articolo 47, paragrafo 5[, di tale direttiva])».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

20 L'Édukovázóig sostiene, in via preliminare, che la domanda di pronuncia pregiudiziale è

irricevibile sotto due profili. Da un lato, essa riguarderebbe due aspetti giuridici che, non essendo stati discussi nel corso del procedimento precedente all'istanza dinanzi al giudice del rinvio, sarebbero inconferenti nella controversia effettivamente sottoposta a tale giudice. Dall'altro, il presupposto economico non porrebbe alcuna reale difficoltà, in quanto la Hochtief Ungheria avrebbe potuto far valere il suo proprio bilancio, il quale avrebbe consentito di soddisfare detto requisito, oppure agire in nome della Hochtief Solutions AG, la quale, alla luce del contratto di trasferimento di utili che la lega alla società madre, la Hochtief AG, avrebbe dovuto, in forza della legge ad essa applicabile, fare affidamento sulla capacità economica e finanziaria di quest'ultima, legalmente responsabile, il che sarebbe stato altrettanto sufficiente a soddisfare il presupposto economico.

21 Per quanto riguarda il primo motivo di irricevibilità così dedotto, occorre constatare che esso riguarda la portata del deferimento della causa al giudice a quo come deriva dall'applicazione delle norme processuali nazionali, questione il cui esame esula dalla competenza della Corte.

22 Il secondo motivo di irricevibilità si fonda invece su pretese conseguenze derivanti dalla valutazione di elementi di fatto legati al diritto ungherese, ossia la possibilità per la Hochtief Ungheria di soddisfare essa stessa il presupposto economico, o al diritto societario tedesco, ossia la possibilità per la Hochtief Solutions AG di soddisfare lo stesso criterio in virtù dell'obbligo di fare affidamento sulla capacità economica della società madre, elementi che non spetta alla Corte valutare.

23 Per il resto, occorre ricordare che, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria decisione sia la pertinenza delle questioni che sottopone alla Corte. Quest'ultima può respingere una domanda presentata da un giudice nazionale solamente qualora appaia in modo manifesto che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura generica o ipotetica (v., in particolare, sentenza del 28 ottobre 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, Racc. pag. I-10721, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

24 Poiché nessuno di tali casi si configura nella fattispecie, occorre esaminare le questioni pregiudiziali deferite dal giudice del rinvio.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima e sulla seconda questione

25 Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare insieme, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18 debbano essere interpretati nel senso che un'autorità aggiudicatrice può richiedere un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento ad una data voce del bilancio, quand'anche in relazione a tale voce possano sussistere differenze tra le normative dei vari Stati membri e, di conseguenza, nei bilanci delle società, secondo la normativa cui esse sono soggette quanto alla redazione dei loro conti annuali.

26 In forza dell'articolo 44, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2004/18, un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere un livello minimo di capacità economica e finanziaria conformemente all'articolo 47 di tale direttiva. Quest'ultimo articolo prevede al paragrafo 1, lettera b), che l'amministrazione aggiudicatrice possa in particolare chiedere ai candidati e agli offerenti di provare tale capacità mediante la pubblicazione del loro bilancio.

27 Occorre tuttavia constatare che non si può precisare un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento al bilancio in generale. Ne consegue che può essere fatto uso della facoltà di cui all'articolo 44, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2004/18, per quanto riguarda l'articolo 47, paragrafo 1, lettera b), solo facendo riferimento a uno o più elementi specifici del bilancio.

28 Quanto alla scelta di tali elementi, l'articolo 47 della direttiva 2004/18 lascia alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà piuttosto ampia. Infatti, contrariamente all'articolo 48 di tale direttiva, che, con riguardo alle capacità tecniche e professionali, stabilisce un sistema chiuso che limita le modalità di valutazione e di verifica di cui dispongono dette amministrazioni e, pertanto, le loro possibilità di formulare richieste (v., quanto ad analoghe disposizioni delle direttive precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 10 febbraio 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, Racc. pag. 417, punti 8-10 e 15), il paragrafo 4 di tale articolo 47 autorizza espressamente le amministrazioni aggiudicatrici a scegliere le referenze probanti che devono essere presentate dai candidati o dagli offerenti al fine di dimostrare la loro capacità economica e finanziaria. Poiché l'articolo 44, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 si riferisce a detto articolo 47, la stessa libertà di scelta sussiste per quanto riguarda i livelli minimi di capacità economica e finanziaria.

29 Tale libertà non è però illimitata. Infatti, conformemente all'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, un livello minimo di capacità deve essere connesso e proporzionato all'oggetto dell'appalto. Ne discende che l'elemento o gli elementi del bilancio scelti da un'amministrazione aggiudicatrice per precisare un livello minimo di capacità economica e finanziaria devono essere oggettivamente idonei a fornire informazioni su tale capacità in capo a un operatore economico e che la soglia così fissata deve essere adeguata all'importanza dell'appalto interessato, nel senso che essa costituisce oggettivamente un indice positivo dell'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria sufficiente a portare a buon termine tale appalto, senza tuttavia andare oltre quanto è ragionevolmente necessario a tal fine.

30 Dal momento che le legislazioni degli Stati membri in materia di conti annuali delle società non sono state oggetto di una completa armonizzazione, non si può escludere che sussistano differenze tra tali legislazioni quanto a uno specifico elemento del bilancio, facendo riferimento al quale un'amministrazione aggiudicatrice ha precisato un livello minimo di capacità. Occorre tuttavia rilevare che, come risulta dal dettato dei paragrafi 1, lettere b) e c), e 5 del suo articolo 47, la direttiva 2004/18 concretizza l'idea che, per quanto riguarda la prova della capacità economica e finanziaria dei candidati o degli offerenti, un'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente pretendere referenze anche se, oggettivamente, nessun potenziale candidato o offerente è in grado di presentarle, fosse anche, nel caso di detto paragrafo 1, lettera b), a causa di legislazioni difformi. Pertanto, una richiesta del genere non può essere considerata di per sé costitutiva di una discriminazione.

31 Ne discende che, in linea di principio, il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non può essere escluso per la sola ragione che tale livello deve essere dimostrato facendo riferimento a un elemento del bilancio sul quale possono sussistere differenze tra le normative dei vari Stati membri.

32 Occorre di conseguenza rispondere alla prima e alla seconda questione sollevate che gli articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento a uno o più elementi specifici del

bilancio, purché questi siano oggettivamente idonei a fornire informazioni su tale capacità in capo ad un operatore economico e che tale livello sia adeguato all'importanza dell'appalto di cui trattasi nel senso di costituire oggettivamente un indice positivo dell'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria sufficiente a portare a buon fine l'esecuzione di tale appalto, senza però andare oltre quanto è ragionevolmente necessario a tal fine. In linea di principio, il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non può essere escluso per la sola ragione che tale livello riguarda un elemento del bilancio sul quale possono sussistere differenze tra le legislazioni dei vari Stati membri.

Sulla terza questione

33 Con la terza questione il giudice a quo chiede in sostanza se l'articolo 47 della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che, allorquando un operatore economico non possa soddisfare un livello minimo di capacità economica e finanziaria a causa di una differenza, quanto alla voce di bilancio con riferimento alla quale è stato fissato tale livello minimo di capacità, tra le legislazioni degli Stati membri in cui lui stesso e l'amministrazione aggiudicatrice sono rispettivamente stabiliti è sufficiente che tale operatore possa fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, conformemente a quanto stabilito al paragrafo 2 di tale articolo, o se debba essere autorizzato a provare la sua capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento idoneo, conformemente al paragrafo 5 di detto articolo.

34 Bisogna tuttavia rilevare che, come risulta dalla decisione di rinvio, la differenza normativa al centro del procedimento principale non riguarda la portata della voce di bilancio cui si applica il presupposto economico, ossia il risultato d'esercizio. Infatti, la legislazione tedesca e quella ungherese prevedono entrambe che tale voce tenga conto dei risultati dell'esercizio e della distribuzione di dividendi. Dette legislazioni differiscono invece nel fatto che la legge ungherese vieta che la distribuzione di dividendi, o il trasferimento di utili, renda negativa detta voce, mentre la legge tedesca non lo vieta, almeno nella situazione di una controllata quale la Hochtief Solutions AG, che è legata nei confronti della società madre da un contratto di trasferimento di utili.

35 Pertanto, detta differenza di normativa riguarda il fatto che, contrariamente alla legge ungherese, la legge tedesca non limita la possibilità per una società madre di decidere che gli utili della sua controllata le saranno trasferiti, senza però imporlo, anche se tale trasferimento rende negativo il bilancio di tale controllata.

36 Di conseguenza, occorre considerare che, con la sua questione, il giudice del rinvio vuol sapere se l'articolo 47 della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che, qualora a un operatore economico non sia possibile ottemperare a un livello minimo di capacità economica e finanziaria quale il presupposto economico a causa di una convenzione in forza della quale tale operatore economico trasferisce sistematicamente i propri utili alla società madre, è sufficiente che detto operatore possa fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, conformemente al paragrafo 2 di tale articolo, o se debba essere autorizzato a dimostrare la sua capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento idoneo, conformemente al paragrafo 5 del suddetto articolo, tenuto conto del fatto che una simile convenzione è autorizzata senza limiti dalla legislazione dello Stato membro di stabilimento di detto operatore economico, mentre, secondo la legislazione dello Stato membro di stabilimento dell'amministrazione aggiudicatrice, essa lo sarebbe solamente a condizione che il trasferimento degli utili non abbia l'effetto di rendere negativo il risultato d'esercizio.

37 Risulta che, in una situazione del genere, l'impossibilità per una società controllata di

soddisfare un livello minimo di capacità economica e finanziaria fissato facendo riferimento a un elemento specifico del bilancio non deriva, in ultima analisi, da divergenze legislative, ma da una decisione della società madre che obbliga tale controllata a trasferirle sistematicamente la totalità dei suoi utili.

38 In un contesto del genere, la suddetta società controllata ha unicamente la facoltà di cui all'articolo 47, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, che le consente di fare affidamento sulla capacità economica e finanziaria di un altro soggetto mediante la presentazione dell'impegno di quest'ultimo di metterle a disposizione le risorse necessarie. Si deve necessariamente constatare che tale facoltà è particolarmente idonea in un simile contesto, poiché la società madre può così ovviare essa stessa all'impossibilità in cui ha messo la propria controllata di soddisfare un livello minimo di capacità.

39 Pertanto occorre rispondere alla terza questione posta che l'articolo 47 della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, qualora per un operatore economico sia impossibile soddisfare un livello minimo di capacità economica e finanziaria consistente nel fatto che il risultato d'esercizio dei candidati o degli offerenti non sia negativo per più di un esercizio negli ultimi tre esercizi chiusi, a causa di una convenzione in forza della quale tale operatore economico trasferisce sistematicamente i suoi utili alla società madre, quest'ultimo non ha altra possibilità, per soddisfare tale livello minimo di capacità, che quella di fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, conformemente al paragrafo 2 di detto articolo. Al riguardo è irrilevante il fatto che le legislazioni dello Stato membro di stabilimento del suddetto operatore economico e dello Stato membro di stabilimento dell'amministrazione aggiudicatrice divergano, in quanto una simile convenzione è autorizzata senza limiti dalla legislazione del primo Stato membro, mentre, secondo la legislazione del secondo, lo sarebbe solo a condizione che il trasferimento degli utili non abbia l'effetto di rendere negativo il risultato di bilancio.

Sulle spese

40 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 (Settima Sezione) dichiara:

1) Gli articoli 44, paragrafo 2, e 47, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice può richiedere un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento a uno o più elementi specifici del bilancio, purché questi siano oggettivamente idonei a fornire informazioni su tale capacità in capo ad un operatore economico e che tale livello sia adeguato all'importanza dell'appalto di cui trattasi nel senso di costituire oggettivamente un indice positivo dell'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria sufficiente a portare a buon fine l'esecuzione di tale appalto, senza però andare oltre quanto è ragionevolmente necessario a tal fine. In linea di principio, il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non può essere escluso per la sola ragione che tale livello riguarda un elemento del bilancio sul quale possono sussistere differenze tra le legislazioni dei vari Stati membri.

2) L'articolo 47 della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che, qualora per un operatore economico sia impossibile soddisfare un livello minimo di capacità economica e

finanziaria consistente nel fatto che il risultato d'esercizio dei candidati o degli offerenti non sia negativo per più di un esercizio negli ultimi tre esercizi chiusi, a causa di una convenzione in forza della quale tale operatore economico trasferisce sistematicamente i suoi utili alla società madre, quest'ultimo non ha altra possibilità, per soddisfare tale livello minimo di capacità, che quella di fare affidamento sulle capacità di un altro soggetto, conformemente al paragrafo 2 di detto articolo. Al riguardo è irrilevante il fatto che le legislazioni dello Stato membro di stabilimento del suddetto operatore economico e dello Stato membro di stabilimento dell'amministrazione aggiudicatrice divergano, in quanto una simile convenzione è autorizzata senza limiti dalla legislazione del primo Stato membro, mentre, ai sensi della legislazione del secondo, lo sarebbe solo a condizione che il trasferimento degli utili non abbia l'effetto di rendere negativo il risultato di bilancio.

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affrontato alcune tematiche scaturenti dall'applicazione degli artt. 44 e 47 della direttiva 2004/18/CE, fornendo una serie di importanti chiavi di lettura in merito alla dimostrazione da parte delle imprese concorrenti dei requisiti della capacità economica e finanziaria.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La sentenza in commento si sofferma su alcune questioni che traggono la loro origine dalla mancata armonizzazione delle discipline dei singoli Stati membri circa i bilanci ed i conti annuali della società.

Difatti è chiesto dai giudici nazionali remittenti se la *lex specialis* del bando di gara può fare riferimento ad una specifica voce del bilancio ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria, quand'anche, appunto, in relazione a tale voce, vi siano differenze tra le normative dei vari Stati membri.

Premette la Corte che la stessa direttiva 2004/18 consente espressamente alla stazione appaltante di richiedere ai partecipanti alla gara un livello minimo di capacità economica e finanziaria conformemente all'art. 47, ovvero mediante la pubblicazione del bilancio.

Ad ogni modo, si precisa, non può richiedersi la dimostrazione di un livello minimo di capacità economica e finanziaria facendo riferimento al bilancio in generale: conseguentemente, ai sensi dell'art. 44 della direttiva, è consentito alla *lex specialis* per detto fine di indicare uno o più elementi del bilancio.

Le amministrazioni – argomenta la sentenza – godono di una certa libertà nella scelta degli elementi che rilevano al riguardo, a patto che ciò non sfoci in arbitrio e che vengano osservati i limiti entro i quali si consente ai bandi di gara di muoversi.

Difatti è necessario che il livello minimo di capacità richiesto dall'amministrazione sia connesso e proporzionato all'oggetto dell'appalto, per cui gli elementi del bilancio rilevanti ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria debbono essere oggettivamente idonei a fornire le sole informazioni adeguate all'importanza dell'appalto interessato.

In altri termini, le richieste devono costituire un indice positivo dell'esistenza di una situazione patrimoniale e finanziaria che sia sufficiente a portare a buon termine l'appalto, senza tuttavia andare oltre quanto è ragionevolmente necessario rispetto a tal fine.

Il secondo problema affrontato dalla Corte concerne l'ipotesi in cui:

- il criterio di bilancio prescelto per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria sia il conseguimento negli ultimi tre esercizi chiusi di non più di un risultato d'esercizio negativo;
- risulti impossibile per l'operatore economico soddisfare il criterio richiesto a causa di una convenzione in forza della quale l'operatore economico trasferisce sistematicamente i suoi utili alla società madre.

Il giudice nazionale si è chiesto dunque se il concorrente che versi in questa condizione possa essere autorizzato a dimostrare la sua capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi documento idoneo, conformemente al paragrafo 5 dell'art. 47, dovendosi tenere conto – come nel caso di specie – del fatto che una simile convenzione possa essere autorizzata senza limiti dalla legislazione dello Stato membro di stabilimento di detto operatore economico e che invece, secondo la legislazione dello Stato membro di stabilimento dell'amministrazione aggiudicatrice, essa lo sarebbe solamente a condizione che il trasferimento degli utili non abbia l'effetto di rendere negativo il risultato d'esercizio.

Al riguardo è stata considerata irrilevante la divergenza fra le legislazioni, per cui i Giudici dell'Unione hanno concluso nel senso che, al fine di soddisfare il richiesto livello minimo di capacità, il concorrente deve necessariamente fare affidamento alle capacità di un altro soggetto, conformemente a quanto previsto dal paragrafo 2 dell'art. 47 della direttiva.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dall'analisi della sentenza della Corte di Giustizia è possibile mettere in rilievo:

- il persistere di differenze di disciplina in campo commerciale e societario fra gli stati membri dell'Unione, in specie nei casi in cui si tratti delle legislazioni dei Paesi dell'ex blocco sovietico;
- l'importanza delle direttive, laddove risulterebbe impossibile regolamentare in maniera uniforme a livello di Unione per tutti gli stati membri;
- la centralità dei contributi giurisprudenziali affinché le differenze normative possano trovare una sintesi nei principi generali dell'Unione.

La Corte, pertanto, ha affermato la regola per la quale la *lex specialis*, secondo i limiti coincidenti con i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, può richiedere la dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria mediante il richiamo a specifici elementi del bilancio, quand'anche sussistano differenze di regolamentazione nei singoli stati membri.

Per altro verso, tuttavia, laddove la differenza di legislazione comporti in concreto una posizione di svantaggio per il concorrente come nel caso di specie, la soluzione adottata dalla Corte non è stata quella di comprimere le scelte effettuate dall'Amministrazione in sede di strutturazione della gara (*lex specialis*), bensì quella di individuare alternative di partecipazione comunque previste dalle direttive comunitarie.