

Causa C-295/20**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

2 luglio 2020

Giudice del rinvio

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema, Lituania)

Data della decisione di rinvio:

2 luglio 2020

Ricorrente:

«Sanresa» UAB

Resistente:

Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

Oggetto del procedimento principale

Il procedimento principale verte sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme sostanziali che disciplinano la qualificazione nonché la valutazione del rispetto dei requisiti relativi al diritto di esercitare un'attività da parte dei fornitori.

Oggetto e fondamento giuridico della domanda di pronuncia pregiudiziale

Interpretazione e applicazione della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (in prosieguo: la «direttiva 2014/24») e del regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni di rifiuti (in prosieguo: il «regolamento n. 1013/2006»); articolo 267, primo comma, lettera b), e terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in prosieguo: il «TFUE»).

Questioni pregiudiziali

- 1) Se l'articolo 18, paragrafo 2, l'articolo 56, paragrafo 1, primo comma, lettera b) e secondo comma, l'articolo 58, paragrafo 1, primo comma, lettera a) e l'articolo 58, paragrafo 2, secondo comma della direttiva 2014/24, nonché gli articoli da 3 a 6 e le altre disposizioni del regolamento n. 1013/2006 (considerati congiuntamente o disgiuntamente, a titolo esemplificativo ma non esaustivo) debbano essere interpretati nel senso che l'autorizzazione rilasciata a un operatore economico, necessaria per spedire rifiuti da uno Stato membro dell'Unione europea a un altro, debba essere qualificata come requisito per l'esecuzione di un appalto di servizi anziché come requisito relativo al diritto di esercitare un'attività.
- 2) Qualora la summenzionata autorizzazione alla spedizione di rifiuti debba essere considerata un criterio di selezione del fornitore (abilitazione all'esercizio dell'attività professionale), se i principi di trasparenza e di concorrenza leale, enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, primo e secondo comma, della direttiva 2014/24, all'articolo 58, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e all'articolo 58, paragrafo 2, secondo comma, di tale direttiva, la libera circolazione delle persone, dei beni e dei servizi sancita nell'articolo 26, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli da 7 a 9 del regolamento n. 1013/2006 (considerati congiuntamente o disgiuntamente, a titolo esemplificativo ma non esaustivo) debbano essere interpretati e applicati nel senso che le condizioni dell'appalto pubblico dei servizi di gestione dei rifiuti, in particolare per quanto riguarda il termine ultimo per la presentazione delle offerte, debbano stabilire per i fornitori nazionali o esteri che intendono trasportare rifiuti attraverso le frontiere degli Stati membri dell'Unione europea condizioni che consentano la partecipazione senza restrizioni a tali procedure di appalto e che debba, in particolare, esser loro consentito produrre la citata autorizzazione qualora questa sia stata concessa in una data successiva al termine ultimo per la presentazione delle offerte.
- 3) Ove la citata autorizzazione a spedire rifiuti, conformemente all'articolo 49 e all'allegato V, parte C, punto 17, della direttiva 2014/24 e all'articolo 70 della medesima direttiva, fosse considerata un requisito per l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico, se i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici stabiliti all'articolo 18 della direttiva in parola e la procedura generale di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 56 della stessa debbano essere interpretati nel senso che nelle procedure di appalto pubblico l'offerta di un partecipante che non ha prodotto tale autorizzazione non possa essere respinta.
- 4) Se l'articolo 18, l'articolo 56, paragrafo 1, primo comma, lettera b), l'articolo 58, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e l'articolo 58, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in forza della quale le amministrazioni

aggiudicatrici sono autorizzate a definire in via preventiva nei documenti di gara una procedura di valutazione dell'offerta che consenta di verificare parzialmente o di non verificare affatto il diritto del fornitore di esercitare un'attività (abilitazione all'esercizio dell'attività professionale), anche nel caso in cui il possesso di tale diritto costituisca una condizione preliminare per la regolare esecuzione del contratto d'appalto pubblico e le amministrazioni aggiudicatrici possono essere preventivamente a conoscenza della necessità di tale diritto.

- 5) Se l'articolo 18 e l'articolo 42, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/24, nonché l'articolo 2, paragrafo 35, l'articolo 5 e l'articolo 17 del regolamento n. 1013/2006 e le altre disposizioni di tale regolamento debbano essere interpretati nel senso che, in caso di appalto dei servizi di gestione dei rifiuti, le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi legittimamente di tali servizi solo se definiscono in modo chiaro e preciso, nei documenti di gara, la quantità e la composizione dei rifiuti e altre condizioni essenziali relative all'esecuzione del contratto (ad esempio, gli imballaggi).

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Articolo 18, paragrafi 1 e 2, articolo 42, paragrafo 1, primo comma, articolo 49, articolo 56, paragrafo 1, primo comma, lettera b), e secondo comma, articolo 58, paragrafo 1, primo comma, lettera a), articolo 58, paragrafo 2, secondo comma, e articolo 70 della direttiva 2014/24, nonché l'allegato V, parte C, punto 17, e l'allegato XI di tale direttiva.

Articolo 2, paragrafo 35, articoli da 3 a 9 e articolo 17 del regolamento n. 1013/2006.

Articolo 26, paragrafo 2, TFUE.

Disposizioni di diritto nazionale fatte valere

L'articolo 35 («Contenuto dei documenti di gara») del viešųjų pirkimų įstatymas (legge sugli appalti pubblici) così dispone:

1. L'amministrazione aggiudicatrice inserisce nei documenti di gara tutte le informazioni relative alle condizioni e alle procedure dell'appalto.

2. I documenti di gara devono:

(...)

2) specificare i motivi di esclusione dei fornitori, i requisiti di qualifica e, se del caso, le necessarie norme del sistema di gestione della qualità e/o norme del sistema di gestione ambientale, compresi i requisiti per i singoli membri di un

raggruppamento di fornitori che presentano una domanda congiunta di partecipazione o un'offerta congiunta;

3) fornire le informazioni secondo cui, qualora la qualifica del fornitore in relazione al diritto di esercitare l'attività di cui trattasi non sia stata verificata o non sia stata interamente verificata, il fornitore si impegna nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice a che l'appalto sia eseguito soltanto dai titolari di tale diritto;

(...)

5) contenere un elenco di documenti che confermano l'assenza di motivi di esclusione dei fornitori, il rispetto dei requisiti di qualifica e, se del caso, il rispetto delle necessarie norme del sistema di gestione della qualità e/o norme del sistema di gestione ambientale, informare che il fornitore deve presentare un documento di gara unico europeo conformemente ai requisiti di cui all'articolo 50 della presente legge e, nell'ambito di una procedura aperta, precisare se si applica la facoltà, prevista all'articolo 59, paragrafo 4, della presente legge, di valutare in un primo momento l'offerta presentata dal fornitore e, successivamente, le qualifiche di quest'ultimo;

(...)

8) specificare la denominazione e la quantità (volume) di beni, di servizi o di lavori, la natura dei servizi da prestare con i beni e i termini per la fornitura dei beni, la prestazione dei servizi o l'esecuzione dei lavori;

(...)

4. L'amministrazione aggiudicatrice redige i documenti di gara conformemente alle disposizioni della presente legge. I documenti di gara devono essere precisi, chiari e non equivoci affinché i fornitori possano presentare un'offerta e l'amministrazione aggiudicatrice possa appaltare ciò di cui necessita.

L'articolo 47 («Verifica delle qualifiche del fornitore») della legge sugli appalti pubblici dispone, in particolare, quanto segue:

1. L'amministrazione aggiudicatrice deve accertare che il fornitore sia competente, affidabile e in grado di rispettare i termini dell'appalto ed ha, pertanto, il diritto di precisare, in un bando di gara o in altri documenti di gara, i requisiti di qualifica necessari per i candidati o per gli offerenti nonché i documenti o le informazioni che attestano il rispetto di tali requisiti. I requisiti di qualifica per i candidati o per gli offerenti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice non possono avere l'effetto di restringere artificialmente la concorrenza e devono essere precisi, chiari, nonché proporzionati e connessi all'oggetto dell'appalto. Nel verificare le qualifiche del fornitore, sono presi facoltativamente in considerazione:

1) *l'abilitazione all'esercizio delle pertinenti attività;*

(...)

2. *L'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto di richiedere nei documenti di gara che un fornitore abbia il diritto di esercitare le attività necessarie all'esecuzione del contratto. Nell'ambito delle procedure di appalto di servizi, essa può esigere che i fornitori possiedano un'autorizzazione speciale o che siano membri di una determinata organizzazione, qualora ciò sia richiesto a coloro che intendono prestare i servizi in questione nel loro paese d'origine.*

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 Il 7 ottobre 2018, l'Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (ufficio per la tutela ambientale del Ministero dell'Ambiente, Lituania; in prosieguo: il «resistente» o l'«amministrazione aggiudicatrice») ha pubblicato un bando di una procedura aperta internazionale per l'appalto di servizi di gestione di rifiuti pericolosi (in prosieguo: la «gara d'appalto»).
- 2 Il capitolato d'oneri prevede, in particolare, quanto segue:

Oggetto dell'appalto: Servizi di gestione di rifiuti pericolosi in relazione ai rifiuti pericolosi immagazzinati all'esterno nel sito di «Ūrus» ir Ko BUAB (...) (che costituiscono un pericolo per l'ambiente, conservati in contenitori danneggiati impilati uno sull'altro sul suolo, esposti al peso, alle precipitazioni, alla temperatura dell'aria e ad altri fattori ambientali e contengono sostanze chimiche pericolose accessibili a persone non autorizzate). La problematica che determina un maggior rischio deve essere rapidamente eliminata al fine di prevenire una catastrofe ambientale (...).

Il fornitore che partecipa alla procedura d'appalto deve soddisfare i requisiti di qualifica di cui al presente paragrafo. La qualifica del fornitore deve essere acquisita prima del termine ultimo per la presentazione delle offerte. L'amministrazione aggiudicatrice richiede i documenti, elencati nella tabella di cui al presente paragrafo, che confermano il rispetto dei requisiti di qualifica unicamente al fornitore la cui offerta può ritenersi selezionata, conformemente ai risultati della valutazione (...).

Il fornitore deve soddisfare tutti i requisiti di qualifica:

avere il diritto di esercitare l'attività richiesta per l'esecuzione del contratto di appalto, vale a dire avere un ampio estratto del registro delle persone giuridiche del VĮ Registrų centras (Centro dei registri, un'impresa statale) o un altro documento ufficiale rilasciato da un'autorità competente che certifichi l'esistenza del diritto di esercitare l'attività richiesta per l'esecuzione del contratto di appalto, vale a dire la gestione di rifiuti pericolosi.(...) (punto 1 della tabella al paragrafo 23) (in prosieguo: l'«onere contestato»).

(...)

Ove la qualifica del fornitore in relazione al diritto di esercitare la pertinente attività non sia stata verificata o non sia stata interamente verificata, il fornitore si impegna nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice a che l'appalto sia eseguito soltanto dai titolari di tale diritto (paragrafo 23.1.2.).

- 3 Nell'ambito della gara d'appalto, quattro fornitori hanno presentato offerte: la «Sanresa» UAB (in prosieguo: la «ricorrente») che agisce congiuntamente alla «Ekometrija» UAB e alla «Palemono keramikos gamykla» AB coinvolgendo due subappaltatori, la Fortum Waste Solution A/S (Danimarca) e la ALS Czech republik s.r.o. (Repubblica Ceca); la «Švykai» UAB; un raggruppamento di fornitori che riunisce la «Žalvaris» UAB con la «Toksika» UAB; e la «Eko Balt» UAB.
- 4 Il 22 novembre 2018, l'amministrazione aggiudicatrice ha chiesto alla ricorrente di fornire taluni dati per chiarire la sua offerta relativi, in particolare, alla ripartizione delle rispettive operazioni di gestione dei rifiuti tra i suoi soci e i suoi subappaltatori, nonché relativi a informazioni sulla circostanza se uno specifico subappaltatore fosse autorizzato a effettuare spedizioni internazionali di rifiuti.
- 5 Il 7 dicembre 2018, l'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver esaminato le informazioni fornite dalla ricorrente, ha informato quest'ultima che la spedizione internazionale di rifiuti era soggetta al regolamento n. 1013/2006, ai sensi del quale il possesso di un'autorizzazione era necessario per effettuare spedizioni, e nessun operatore economico coinvolto dalla ricorrente ne era in possesso.
- 6 Il 21 maggio 2019, l'amministrazione aggiudicatrice ha adottato delle decisioni di rigetto dell'offerta della ricorrente, ha annunciato la classificazione delle offerte e dell'offerente prescelto (ossia il raggruppamento di fornitori composto dalla «Žalvaris» UAB e dalla «Toksika» UAB) e ha concluso un contratto di appalto pubblico di servizi con l'offerente prescelto.
- 7 Il resistente ha motivato la sua decisione di rigetto dell'offerta della ricorrente basandosi, in particolare, sulla crescente minaccia per l'ambiente causata dalla mancata gestione dei rifiuti e sul mancato rispetto del capitolato d'oneri riguardante l'obbligo per i fornitori di disporre del diritto di esercitare l'attività richiesta per l'esecuzione del contratto d'appalto [la ricorrente doveva essere autorizzata dall'Aplinkos apsaugos agentūra (Agenzia per la tutela dell'ambiente) a effettuare una spedizione internazionale di rifiuti conformemente alle disposizioni del regolamento n. 1013/2006 e, nonostante i suggerimenti ricevuti in tal senso, non è riuscita a coinvolgere nuovi subappaltatori in possesso dell'autorizzazione o che non ne avrebbero avuto necessità].
- 8 Il 30 maggio 2019 la ricorrente ha presentato reclamo al resistente a motivo del rigetto della sua offerta. La ricorrente ha sostenuto di soddisfare il requisito di qualifica dei fornitori sancito dal capitolato d'oneri, in quanto quest'ultimo non disponeva l'obbligo di allegare all'offerta l'autorizzazione alla spedizione

internazionale. Secondo la ricorrente, tale autorizzazione doveva essere considerata un requisito per l'esecuzione del contratto e non un requisito di qualifica. Essa ha altresì sottolineato che non poteva, in ogni caso, essere autorizzata a spedire rifiuti perché il capitolato d'oneri non ne specificava né la quantità né la composizione.

- 9 Il 10 giugno 2019 il resistente ha adottato una decisione di rigetto del reclamo della ricorrente, nella quale ha sostanzialmente ripreso i motivi contenuti nelle sue precedenti decisioni.
- 10 Il 20 giugno 2019 la ricorrente ha proposto un ricorso dinanzi al Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania), ricorso che è stato respinto. Il 16 ottobre 2019 la ricorrente ha interposto appello, respinto dal Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello di Lituania) con sentenza del 18 dicembre 2019.
- 11 I giudici, in sostanza, hanno ritenuto che, conformemente all'articolo 47 della legge sugli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice doveva verificare le qualifiche dei fornitori, il che implicava che ciò poteva includere il requisito relativo al diritto di esercitare un'attività di cui al capitolato d'oneri; ha qualificato l'onere controverso come requisito di qualifica del fornitore; ha considerato fondati gli argomenti del resistente secondo cui, in virtù del regolamento n. 1013/2006, la ricorrente doveva fornire all'amministrazione aggiudicatrice l'autorizzazione alla spedizione perché quest'ultima aveva deciso di spedire rifiuti in un altro Stato membro dell'Unione europea; e ha stabilito che tale conclusione non era inficiata dalla circostanza che un siffatto documento non fosse specificato nel capitolato d'oneri, dal momento che il documento in questione figurava in disposizioni imperative del diritto dell'Unione e che, pertanto, l'applicazione di tale documento non implicava una violazione dei principi relativi agli appalti pubblici.
- 12 Il 17 gennaio 2020 la ricorrente ha proposto ricorso per cassazione dinanzi al Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania; in prosieguo: il «giudice di cassazione»).

Breve esposizione della motivazione del rinvio

- 13 Dal fascicolo processuale risulta che il valore dell'appalto di servizi concluso il 7 ottobre 2019, vale a dire EUR 1 167 500 al netto dell'IVA, supera il valore minimo di appalto internazionale e, pertanto, la controversia tra le parti rientra indubbiamente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (direttiva 2014/24). L'applicazione del regolamento n. 1013/2006 non è connessa al valore della spedizione di rifiuti, ma dipende dall'oggetto (i rifiuti in questione) e dall'aspetto territoriale e, pertanto, la controversia tra le parti rientra nell'ambito di applicazione di tale atto di diritto dell'Unione.

- 14 Nel caso di specie, la controversia tra le parti verte sulla legittimità della valutazione delle offerte presentate dalla ricorrente e dall'offerente prescelto quanto al rispetto dei requisiti stabiliti.

Sull'obbligo di presentare, nel corso della procedura di appalto pubblico, l'autorizzazione a effettuare spedizioni internazionali di rifiuti ai sensi del regolamento n. 1013/2006

- 15 Secondo il giudice del rinvio, la questione giuridica fondamentale, relativa in particolare all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni della direttiva 2014/24 e del regolamento n. 1013/2006, riguarda la corretta qualificazione del capitolato d'onori, vale a dire se si tratta di un requisito relativo al diritto dei fornitori di esercitare un'attività o di un requisito relativo all'esecuzione del contratto di appalto pubblico. Tale questione non è fine a sé stessa; essa costituisce, in sostanza, la base per valutare la legittimità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di rigettare l'offerta della ricorrente.
- 16 In tale contesto, occorre rammentare la costante giurisprudenza del giudice di cassazione secondo cui, per risolvere le controversie tra amministrazioni aggiudicatrici e fornitori, ciò che in realtà rileva è il contenuto della condizione, e non ciò che viene definito tale dall'amministrazione aggiudicatrice; la corretta qualificazione delle condizioni dei documenti di gara garantirà la corretta applicazione delle disposizioni della legge sugli appalti pubblici alle diverse procedure di appalto e, pertanto, la corretta definizione della controversia.
- 17 Per contro, occorre rilevare che l'onere controverso non prevede espressamente l'esigenza di presentare, insieme all'offerta, un'autorizzazione per la spedizione internazionale di rifiuti. Tale circostanza non è contestata dalle parti.
- 18 Secondo il resistente l'onere contestato ricomprende il requisito del diritto a effettuare spedizioni internazionali di rifiuti. I giudici che hanno esaminato la causa hanno aderito a tale punto di vista.
- 19 Il giudice di cassazione ha più volte affermato che per qualifica del fornitore s'intende la sua capacità e la sua predisposizione ad adempiere correttamente gli obblighi che devono essere assunti nell'ambito del contratto di appalto pubblico; si tratta di una categoria oggettiva (fatto giuridico) che indica l'esistenza di determinati fatti passati (ad esempio, la redditività dell'attività) o presenti (ad esempio, competenza del personale dell'impresa); la qualifica deve essere acquisita entro il termine ultimo per la presentazione delle offerte stabilito nei documenti di gara. La stessa posizione è sostanzialmente affermata nella giurisprudenza della Corte di giustizia (v. sentenza della Corte del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 42).
- 20 La giurisprudenza del giudice di cassazione relativa alla qualificazione delle condizioni dell'appalto pubblico come requisito della capacità dei fornitori o come requisito per l'esecuzione dell'appalto precisa, in particolare, che per tale

valutazione occorre determinare se il pertinente requisito contenuto nelle condizioni dell'appalto pubblico sia stabilito in modo diretto e inequivoco e in modo tale che la valutazione del suo rispetto sia collegata alla data limite per la presentazione delle offerte; è altresì necessario valutare le pertinenti norme giuridiche che fanno sorgere l'obbligo in capo al fornitore di disporre di una determinata autorizzazione per l'esercizio di un'attività.

- 21 Per tutta la durata del procedimento, la ricorrente ha ripetutamente sostenuto che, conformemente alle disposizioni del regolamento n. 1013/2006, l'autorizzazione richiesta dal resistente attiene all'esecuzione di un contratto specifico piuttosto che alla qualifica del fornitore. Secondo il giudice del rinvio, una siffatta interpretazione del regolamento n. 1013/2006, tenuto conto delle sue disposizioni, non pare, a priori, priva di fondamento.
- 22 Difatti, conformemente alle disposizioni del regolamento n. 1013/2006, l'autorizzazione a una spedizione internazionale di rifiuti è di natura più specifica che generale, in quanto una spedizione di rifiuti è riconosciuta lecita, in particolare, quando è notificata alle autorità competenti, queste ultime hanno concesso le autorizzazioni e la spedizione è eseguita come indicato nei documenti di notifica o di movimento e conformemente alle disposizioni del regolamento in parola.
- 23 Secondo il giudice del rinvio, il semplice fatto che un determinato documento che consente a un operatore economico di agire contenga informazioni molto precise non escluderebbe di per sé la possibilità di qualificare tale autorizzazione come prova del diritto di esercitare un'attività.
- 24 Tuttavia, il giudice del rinvio osserva che l'autorizzazione alla spedizione di rifiuti da uno Stato membro a un altro è valida per un periodo abbastanza breve e che, anche quando l'autorizzazione alla spedizione dei rifiuti in questione sia stata ottenuta, non sarà possibile utilizzare tale autorizzazione in un'altra occasione, in particolare perché l'obiettivo per cui l'autorizzazione è stata concessa è già stato raggiunto. Inoltre, le diverse spedizioni di rifiuti possono avere una composizione diversa e, anche nel caso in cui la composizione rimanesse la medesima, lo Stato di transito e quello di destinazione potrebbero variare. Pertanto, il rilascio e la validità dell'autorizzazione alla spedizione, nonché la possibilità di utilizzarla, dipendono non solo dall'affidabilità e dagli sforzi del soggetto che intende ottenerla, ma anche da altre circostanze specifiche.
- 25 Inoltre, conformemente alle disposizioni del regolamento n. 1013/2006, le autorità competenti dei rispettivi Stati (Stati di spedizione, destinazione o transito) dispongono di un potere discrezionale piuttosto ampio per rifiutare il rilascio dell'autorizzazione, di talché esiste un rischio non trascurabile che un fornitore selezionato nell'ambito di una procedura di appalto per la spedizione di rifiuti e che abbia concluso il relativo contratto, o il socio di detto fornitore, non siano, alla fine, in grado di adempiere regolarmente tale contratto.

- 26 Il giudice del rinvio nutre dubbi sulla questione se il rischio del mancato rilascio dell'autorizzazione debba essere trasferito alle amministrazioni aggiudicatrici che hanno selezionato l'offerente e hanno concluso un contratto con quest'ultimo. Per contro, se l'onere controverso dovesse essere interpretato come requisito di qualifica, un tale rischio, collegato all'onere amministrativo di richiedere l'autorizzazione alla spedizione e a quello economico consistente nel cercare di ottenere una garanzia finanziaria (articolo 6 del regolamento n. 1013/2006), ricadrebbe inevitabilmente sul fornitore.
- 27 A tal riguardo, il giudice di cassazione osserva, infine, che una decisione sulla qualificazione dell'onere controverso, tenuto conto del carattere specifico dell'autorizzazione alla spedizione, deve essere fondata, in particolare, sulle disposizioni della direttiva 2014/24 e, a fortiori, sull'articolo 58 e sull'allegato XI di tale direttiva. Tuttavia, né tale articolo né il preambolo della direttiva contengono disposizioni più chiare che consentano di determinare precisamente il contenuto concreto dell'onere controverso nell'esaminare se l'autorizzazione alla spedizione dei rifiuti sia un elemento che caratterizza la qualifica dei fornitori. In altri termini, non è certo che il legislatore dell'Unione, nel definire la nozione di «abilitazione all'esercizio dell'attività professionale», abbia inteso descrivere situazioni di qualsivoglia natura, comprendenti in particolare il rilascio e l'utilizzo di un'autorizzazione ad hoc per l'esercizio di un'attività.

Esame del diritto del fornitore di esercitare un'attività [articolo 35, paragrafo 2, punto 3), della legge sugli appalti pubblici]

- 28 Se si dovesse stabilire che l'onere controverso debba essere qualificato come requisito, per i fornitori, consistente nell'aver diritto di esercitare un'attività e che tale requisito deriva dalla gara d'appalto e dall'applicazione delle disposizioni del regolamento n. 1013/2006, obbligando perciò i fornitori a rispettarlo, ciò comporterebbe ulteriori domande sulla valutazione della capacità dei fornitori, tenuto conto del paragrafo 23.1.2 del capitolato d'oneri che cita l'articolo 35, paragrafo 2, punto 3), della legge sugli appalti pubblici.
- 29 La ricorrente basa la sua posizione sull'illegittimità del rigetto della sua offerta, in particolare per il fatto che, in ragione del contenuto dell'onere controverso e dell'applicazione sistemica del punto 23.1.2 del capitolato d'oneri, la sua offerta non poteva essere respinta, in quanto lo stesso resistente ha indicato nel capitolato d'oneri che il diritto del fornitore di esercitare un'attività sarebbe stato verificato solo parzialmente.
- 30 Il giudice del rinvio rileva che, per molto tempo (fino all'inizio del 2017), era in uso in Lituania una prassi, in parte erronea, secondo la quale i documenti di gara non prevedevano affatto un qualsivoglia requisito riguardante il diritto dei fornitori di esercitare un'attività oppure i requisiti erano formulati in maniera eccessivamente astratta, fissando una condizione generale senza precisare quale diritto specifico dovesse essere detenuto o quali prove documentali in tal senso dovessero essere presentate. Il giudice di cassazione riteneva, all'epoca, che il

principio di trasparenza comportasse anche il rispetto di norme giuridiche imperative previste da altre normative speciali, il che implicava, in sostanza, che il fornitore fosse responsabile, conformemente alla definizione dell'oggetto della procedura di appalto e ad altre disposizioni delle specifiche tecniche, di valutare tutti i necessari certificati, autorizzazioni, attestazioni e altri documenti analoghi comprovanti il possesso di uno specifico diritto.

- 31 Tale giurisprudenza del giudice di cassazione è stata applicata fino al 14 febbraio 2017, data in cui una decisione resa in un procedimento civile ha modificato l'esistente giurisprudenza nazionale. Tale decisione, che si basa, in particolare, sulla sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2016 nella causa Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), ha stabilito quanto segue: a) la prevalenza dell'applicazione della legislazione specializzata sulla chiarezza delle condizioni degli appalti pubblici implica che le amministrazioni aggiudicatrici godono di un potere discrezionale troppo ampio e ciò dà luogo a un rischio di abuso da parte delle stesse; b) le amministrazioni aggiudicatrici non possono respingere le offerte dei fornitori sulla base di requisiti non chiaramente predefiniti, anche se tali requisiti sorgono da norme giuridiche imperative; c) se le condizioni dell'appalto non stabiliscono chiaramente il requisito relativo al diritto di esercitare un'attività enunciato in altri atti giuridici vincolanti e i fornitori non lo rispettano, i fornitori devono essere autorizzati a rimediare a qualsivoglia lacuna presente nelle loro offerte; d) tale meccanismo di rettifica include la facoltà per il fornitore di coinvolgere nuovi soggetti – soci o subappaltatori – per l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico se egli stesso non è in grado o non è autorizzato a realizzare determinati lavori (prestare determinati servizi).
- 32 Occorre rilevare che, nel recepire le disposizioni della direttiva 2014/24, il legislatore lituano ha adottato una nuova versione della legge sugli appalti pubblici, al cui articolo 35, paragrafo 2, punto 3), al fine di evitare decisioni di rigetto di offerte fondate su requisiti di qualifica non chiaramente definiti, ha espressamente conferito alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di non verificare (o di non verificare interamente) la capacità dei fornitori in questione.
- 33 Nell'interpretare tale disposizione, il giudice di cassazione ha rilevato che la legge sugli appalti pubblici riflette essenzialmente la prassi nei rapporti giuridici privati consistente nel garantire il possesso del pertinente diritto di esercitare un'attività nei rapporti giuridici contrattuali piuttosto che in quelli precontrattuali (anche se, in effetti, non è fatto divieto alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere un siffatto requisito di capacità nei documenti di gara); prima di concludere un contratto di appalto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici devono, in ogni caso, verificare se i soggetti interessati abbiano il diritto di assumere e di adempiere gli obblighi contrattuali.
- 34 Inoltre, alla luce degli obblighi delle amministrazioni aggiudicatrici derivanti dal principio di trasparenza, i termini «la qualifica non è stata verificata» comprendono non solo una richiesta di produzione di un documento attestante il diritto di cui trattasi, ma soprattutto la formulazione (prevista) nelle condizioni

dell'appalto pubblico del requisito specifico che i fornitori devono essere in possesso di una tale capacità, vale a dire che la qualifica si consideri verificata quando i pertinenti requisiti sono fissati nelle condizioni dell'appalto pubblico e l'amministrazione aggiudicatrice richiede, in sede di esame di un'offerta, la presentazione dei pertinenti documenti.

- 35 Dalla giurisprudenza del giudice di cassazione tra il 2017 e il 2019 risulta che, nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice non dovesse verificare interamente o non verificasse affatto se i fornitori dispongono del diritto di esercitare un'attività, il fornitore considerato offerente prescelto sarebbe tenuto, prima della conclusione del contratto d'appalto pubblico, a fornire all'amministrazione aggiudicatrice la prova documentale dell'esistenza di tale diritto, indipendentemente dalla data della sua concessione, e che, ove il fornitore non dovesse disporre di tale diritto, potrebbe ricorrere a nuovi soggetti, ossia soci in attività congiunte o subappaltatori.
- 36 Il giudice del rinvio si chiede se una siffatta normativa nazionale, secondo la quale le amministrazioni aggiudicatrici conservano un diritto, non soggetto a restrizioni, di non verificare se i fornitori dispongono del diritto di esercitare un'attività pur nell'evenienza che tali amministrazioni possano (o debbano) essere a conoscenza dell'esigenza di possedere tale diritto e possano (o debbano) considerare l'esistenza di una minaccia alla corretta esecuzione del contratto d'appalto pubblico, sia compatibile con i principi di trasparenza e di tutela del legittimo affidamento nonché con la prassi della ragionevole esecuzione delle procedure di appalto pubblico.

Sulla liceità delle condizioni dell'appalto pubblico che definiscono l'oggetto della procedura di appalto

- 37 Il giudice del rinvio si interroga altresì sul capitolato d'oneri che definisce l'oggetto della gara d'appalto nonché su talune clausole delle specifiche tecniche. Il capitolato d'oneri mostrerebbe chiaramente che l'amministrazione aggiudicatrice non conosce appieno né la composizione né l'esatto quantitativo dei rifiuti da asportare.
- 38 In tale contesto, il giudice di cassazione e la Corte di giustizia hanno, tra l'altro, più volte affermato che le specifiche tecniche devono essere sufficientemente precise da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicarlo, e devono essere chiaramente indicate, affinché tutti gli offerenti siano al corrente degli aspetti coperti dai requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice (sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2012, Commissione / Paesi Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284).
- 39 Per contro, anche se si fosse verificato il contrario, vale a dire se il resistente avesse potuto legittimamente definire l'oggetto della procedura di appalto in modo incompleto, il giudice del rinvio nutre dubbi circa la legittimità di una tale

fattispecie alla luce delle disposizioni del regolamento n. 1013/2006, tanto più se l'onere controverso era qualificato come requisito relativo al diritto di esercitare un'attività. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 35, del regolamento n. 1013/2006 si ha spedizione illegale, in particolare, quando la spedizione è effettuata in un modo che non è materialmente specificato nella notifica o nei documenti di movimento. La liceità di una spedizione di rifiuti dipende quindi, in particolare, dal rispetto delle condizioni iniziali alle quali l'autorizzazione alla spedizione di rifiuti è stata rilasciata.

- 40 L'articolo 17 del regolamento n.1013/2006 prevede che, se intervengono modifiche essenziali delle modalità e/o condizioni, le autorità competenti e il destinatario devono essere informati, se possibile, prima che abbia inizio la spedizione; in tal caso viene trasmessa una nuova notifica. Ciò significa che, quando la composizione e il volume effettivi di tutti i rifiuti pericolosi divengono noti al momento dell'esecuzione del contratto di appalto pubblico, il vettore deve, essenzialmente, avviare nuovamente la procedura di notifica.
- 41 Nel capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice ha indicato che, se la composizione dei rifiuti nei contenitori da essa esaminati dovesse cambiare o se tale composizione dovesse essere rideterminata sulla base di contenitori non previamente esaminati, il fornitore dovrebbe gestire tali rifiuti con il codice 19 12 11 («altri rifiuti prodotti dal trattamento meccanico di rifiuti, contenenti sostanze pericolose») o con il codice 16 10 01 («rifiuti liquidi acquosi, contenenti sostanze pericolose»). Il giudice del rinvio nutre dubbi circa un'alternativa così poco esaustiva alla definizione dell'oggetto della procedura per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni del regolamento n. 1013/2006.
- 42 Ad esempio, ai sensi dell'articolo 5 di tale regolamento, il notificatore e il destinatario devono stipulare un contratto per il recupero o lo smaltimento dei rifiuti. Non è chiaro se le parti possano convenire, in un siffatto contratto, una spedizione di rifiuti rientranti nei suddetti codici di rifiuti pericolosi qualora non siano disponibili tutti i dati necessari sulla composizione dei rifiuti.
- 43 Alla luce di quanto precede, il giudice del rinvio nutre fondati dubbi sulla questione se, in forza della normativa generale sugli appalti pubblici (direttiva 2014/24) e delle pertinenti disposizioni del regolamento n.1013/2006, le amministrazioni aggiudicatrici non siano tenute, in sede di acquisizione di servizi di gestione di rifiuti, a definire la quantità, la composizione e altre informazioni pertinenti sui rifiuti da smaltire e da trattare con il massimo della precisione e dettaglio possibili, piuttosto che lasciare ai fornitori il compito di accertare tali informazioni e di adeguarsi durante l'esecuzione del contratto d'appalto pubblico.