

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

19 maggio 2009*

Nel procedimento C-538/07,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con decisione 14 novembre 2007, pervenuta in cancelleria il 3 dicembre 2007, nella causa

Assitur Srl

contro

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

e nei confronti di:

SDA Express Courier SpA,

* Lingua processuale: l'italiano.

Poste Italiane SpA,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász (relatore), G. Arestis e J. Malenovský, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 4 dicembre 2008,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Assitur Srl, dall'avv. S. Quadrio;

- per la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, dall'avv. M. Bassani;

- per la SDA Express Courier SpA, dagli avv.ti A. Vallefucoco e V. Vallefucoco;

- per la Poste Italiane SpA, dall'avv. A. Fratini;

- per il governo italiano, dal sig. I. M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. D. Kukovec e dalla sig.ra D. Recchia, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 10 febbraio 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

- 2 La questione è sorta nell'ambito di una controversia tra l'Assitur Srl (in prosieguo: l'«Assitur») e la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, in merito alla compatibilità con le disposizioni e i principi summenzionati di una normativa nazionale che vieta la partecipazione ad una medesima procedura di

aggiudicazione di appalto, in modo separato e concorrente, di società tra le quali sussista un rapporto di controllo o delle quali una eserciti sulle altre un'influenza notevole.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

- 3 L'art. 29 della direttiva 92/50, contenuto nel capitolo 2 di quest'ultima, recante il titolo «Criteri di selezione qualitativa», al suo primo comma dispone quanto segue:

«Può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale:

- a) sia in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di sospensione dell'attività commerciale o si trovi in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile prevista dalle leggi e dai regolamenti nazionali;

- b) sia oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta o di amministrazione controllata, di un concordato preventivo oppure di qualunque altro procedimento simile previsto dalle leggi o dai regolamenti nazionali;

- c) sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale di prestatore di servizi, con sentenza passata in giudicato;

- d) si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione [aggiudicatrice];

- e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione [aggiudicatrice];

- f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione [aggiudicatrice];

- g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione del presente capitolo o non abbia fornito dette informazioni).

⁴ L'art. 3, n. 4, secondo e terzo comma, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), definisce le nozioni di «imprese collegate» e di «influenza

dominante» tra imprese. Per quanto riguarda i contratti di concessione di lavori pubblici, esso prevede quanto segue:

«Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate per ottenere la concessione né le imprese ad esse collegate.

Per “impresa collegata” s’intende qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare direttamente o indirettamente un’influenza dominante, o qualsiasi impresa che può esercitare un’influenza dominante [sul concessionario o che, come il concessionario, è soggetta all’influenza dominante] di un’altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l’impresa stessa. L’influenza dominante è presunta quando un’impresa direttamente o indirettamente, nei confronti di un’altra impresa:

- detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell’impresa, o

- dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale dell’impresa, o

- può designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa».

La normativa nazionale

- 5 La direttiva 92/50 è stata trasposta nel diritto italiano dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (Supplemento ordinario alla GURI n. 104 del 6 maggio 1995). Questo decreto legislativo non prevede un divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di servizi a carico di imprese tra le quali esistano rapporti di controllo o che siano tra loro collegate.

- 6 L'art. 10, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici (GURI n. 41 del 19 febbraio 1994; in prosieguo: la «legge n. 109/1994»), stabilisce quanto segue:

«Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile».

- 7 L'art. 2359 del codice civile italiano, intitolato «Società controllate e società collegate», è così formulato:

«Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati».

⁸ Le procedure di affidamento degli appalti pubblici nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture sono disciplinate attualmente, nel loro insieme, dal decreto legislativo

12 aprile 2006, n. 163 (Supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»). L'art. 34, ultimo comma, di tale decreto legislativo così dispone:

«Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi».

Causa principale e questione pregiudiziale

- 9 Con bando di gara del 30 settembre 2003, la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento, in base al criterio del prezzo più basso, del servizio di corriere per il ritiro e la consegna della corrispondenza e di documentazione varia per conto della Camera di Commercio stessa e della sua azienda speciale CedCamera, per un triennio corrispondente agli anni 2004-2006. Questo appalto riguardava un importo pari a EUR 530 000 non comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto.
- 10 In esito all'esame della documentazione presentata dagli interessati, sono risultate ammesse alla gara la SDA Express Courier SpA (in prosieguo: la «SDA»), la Poste Italiane SpA (in prosieguo: la «Poste Italiane») e l'Assitur.
- 11 Il 12 novembre 2003 l'Assitur ha chiesto l'esclusione dalla procedura di gara della SDA e della Poste Italiane, in ragione dei rapporti esistenti tra queste due società.

- 12 Dalla verifica imposta a tale riguardo dalla commissione di gara è emerso che la totalità del capitale sociale della SDA era detenuta dall'Attività Mobiliari SpA, a sua volta interamente partecipata dalla Poste Italiane. Tuttavia, dato che il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, che disciplinava gli appalti di servizi, non prevedeva alcun divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione a carico di imprese aventi fra loro un rapporto di controllo, e che la verifica effettuata non aveva messo in luce indizi gravi e concordanti che consentissero di ritenere che i principi di concorrenza e di segretezza delle offerte fossero stati violati nella fattispecie, l'ente appaltante, con determinazione del 2 dicembre 2003, n. 712, ha deciso di aggiudicare l'appalto alla SDA, che aveva presentato l'offerta più bassa.
- 13 L'Assitur ha chiesto l'annullamento di questa decisione dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia. Essa ha fatto valere che, conformemente all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, a suo parere applicabile anche agli appalti di servizi in assenza di una diversa normativa espressa, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto escludere dalla gara d'appalto le società che si trovavano fra loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile italiano.
- 14 Il giudice del rinvio rileva che l'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994, che disciplina specificamente gli appalti di lavori, stabilisce una presunzione assoluta di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante. Di conseguenza, gli operatori economici interessati non sarebbero ritenuti dal legislatore in grado di formulare offerte tali da dimostrare l'indipendenza, la serietà e l'affidabilità necessarie, in quanto essi sarebbero legati da una stretta comunanza di interessi. La disposizione suddetta vieterebbe dunque alle imprese aventi rapporti siffatti di partecipare in modo concorrente ad una medesima gara e, nel caso in cui sia accertata una simile partecipazione, queste imprese sarebbero obbligatoriamente escluse dalla procedura di aggiudicazione. Tale giudice osserva altresì che la nozione di «impresa controllata» nel diritto italiano è analoga a quella di «impresa collegata» quale definita all'art. 3, n. 4, della direttiva 93/37.
- 15 Il giudice del rinvio rileva anche che la giurisprudenza italiana riconosce ad una statuizione come quella enunciata all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 il valore di norma di ordine pubblico, applicabile in via generale. Questa norma sarebbe in

realtà l'espressione di un principio generale che trascende la materia dei lavori pubblici proiettandosi altresì alle procedure di aggiudicazione nei settori dei servizi e delle forniture, nonostante il fatto che, in questi ultimi, non esista una siffatta specifica disposizione. Il legislatore avrebbe confermato tale approccio giurisprudenziale con l'adozione dell'art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163/2006, che disciplina attualmente l'intera materia degli appalti pubblici; quest'ultima normativa, tuttavia, non è applicabile, *ratione temporis*, alla presente causa.

- 16 Il giudice nazionale si chiede nondimeno se il regime così delineato sia compatibile con l'ordinamento giuridico comunitario e, in particolare, con l'art. 29 della direttiva 92/50, come interpretato dalla Corte nella sentenza 9 febbraio 2006, cause riunite C-226/04 e C-228/04, *La Cascina e a.* (Racc. pag. I-1347, punti 21-23). Tale disposizione, che costituisce l'espressione del principio del «favor participationis», vale a dire dell'interesse a che il maggior numero possibile di imprese partecipi ad una gara d'appalto, conterrebbe, secondo detta pronuncia, un elenco tassativo delle cause di esclusione dalla partecipazione ad un appalto di servizi. Tra queste cause non rientrerebbe il caso di società legate fra loro da un rapporto di controllo o d'influenza notevole.
- 17 Il giudice del rinvio, tuttavia, ritiene che l'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/1994 costituisca l'espressione del principio di libera concorrenza, in quanto è diretto a sanzionare ogni comportamento collusivo di imprese nell'ambito di una procedura di gara. Di conseguenza, esso sarebbe stato adottato in rigorosa conformità al Trattato CE, in particolare agli artt. 81 e segg. di quest'ultimo, e non sarebbe realmente in contrasto con l'art. 29 della direttiva 92/50.
- 18 Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 29 della direttiva 92/50 (...), nel prevedere sette ipotesi di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un "numerus clausus" di ipotesi ostative e, quindi, inibisca all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94 (ora sostituito

dall'art. 34, ultimo comma, del decreto legislativo n. 163/06) di stabilire il divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo».

Sulla questione pregiudiziale

- 19 Al fine di risolvere tale questione si deve rilevare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, le sette ipotesi di esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico previste dall'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 si riferiscono all'onestà professionale, alla solvibilità o all'affidabilità dell'interessato, vale a dire alle qualità professionali di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza La Cascina e a., cit., punto 21).
- 20 La Corte, per quanto riguarda l'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37, che riprende le stesse ipotesi di esclusione previste dall'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50, ha sottolineato che la volontà del legislatore comunitario è stata quella di prendere in considerazione in tale disposizione soltanto cause di esclusione riguardanti unicamente le qualità professionali degli interessati. Nella misura in cui essa ribadisce siffatte cause di esclusione, tale elenco è stato considerato tassativo dalla Corte (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 42 e 43 nonché la giurisprudenza ivi citata).
- 21 La Corte ha aggiunto che questo elenco tassativo non esclude tuttavia la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, che costituiscono la base delle direttive comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione però che venga rispettato il principio di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza Michaniki, cit., punti 44-48 e la giurisprudenza ivi citata).

- 22 È palese che una misura legislativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale è intesa a scongiurare ogni possibile forma di collusione tra i partecipanti ad una medesima procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nonché a tutelare la parità di trattamento dei candidati e la trasparenza della procedura.
- 23 Si deve dunque affermare che l'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.
- 24 Ne consegue che la conformità al diritto comunitario della normativa nazionale in questione nella causa principale deve essere ulteriormente esaminata alla luce del principio di proporzionalità.
- 25 A tale riguardo, va ricordato che le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono state adottate nell'ambito della realizzazione del mercato interno, nel quale è assicurata la libera circolazione e sono eliminate le restrizioni alla concorrenza (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 2).
- 26 In tale contesto di un mercato interno unico e di concorrenza effettiva, è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto.
- 27 Dalla decisione di rinvio risulta che la disposizione in questione nel procedimento a quo, redatta in termini chiari e perentori, comporta per le amministrazioni aggiudicatrici un obbligo assoluto di escludere dalla procedura di gara d'appalto le

imprese che presentino offerte separate e concorrenti, qualora tali imprese siano legate fra loro da rapporti di controllo, quali quelli previsti dalla normativa nazionale oggetto della causa principale.

- 28 Tuttavia, sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario.
- 29 Pertanto, è giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.
- 30 Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti (v., in tal senso, sentenze 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, *Fabricom*, Racc. pag. I-1559, punti 33 e 35, nonché *Michaniki*, cit., punto 62).
- 31 A tale riguardo va sottolineato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle

loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti. Del resto, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto.

32 In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura.

33 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione sollevata dichiarando quanto segue:

- l'art. 29, primo comma, della direttiva 92/50 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità, e

- il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Sulle spese

³⁴ Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, 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 (Quarta Sezione) dichiara:

L'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.

Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Firme