

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JÁN MAZÁK

presentate il 10 febbraio 2009 1(1)

Causa C-538/07

Assitur Srl

contro

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano

(Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia)

«Appalti pubblici di servizi – Direttiva 92/50/CEE – Art. 29 – Normativa nazionale ostativa alla partecipazione simultanea ad una procedura di gara di imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo, quale definito dall'art. 2359 del codice civile italiano – Proporzionalità»

### I – Introduzione

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia chiede alla Corte di stabilire se l'art. 29 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (2) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), la quale prevede sette ipotesi di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un «*numerus clausus*» di ipotesi ostative e pertanto inibisca alla normativa nazionale di stabilire un divieto di partecipazione simultanea ad una gara di appalto per le imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo, quale definito dall'art. 2359 del codice civile italiano.

### II – Contesto normativo

#### A – Normativa comunitaria

2. L'art. 29, al capitolo 2 del titolo VI della direttiva 92/50, recante il titolo «Criteri di selezione qualitativa», stabilisce 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;
- 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;
- f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione;
- g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione del presente capitolo o non abbia fornito dette informazioni.

(...».

#### B – Normativa italiana

3. Il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, che ha dato attuazione alla direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi) (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 157/95») (3) non prescrive alcun divieto di partecipazione di imprese che si trovino fra loro in rapporto di controllo.

4. L'art. 10, comma 1bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (4) (legge quadro in materia di lavori pubblici) (in prosieguo: l'«art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94»), dispone 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».

5. L'art. 2359 del codice civile, rubricato «società controllate e società collegate», statuisce quanto segue:

«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».

6. L'art. 34, ultimo comma, del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (5) (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/06») – non applicabile alla fattispecie *ratione temporis*) – dispone, per tutte le procedure di appalto, che «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».

### III – Causa principale e questione pregiudiziale

7. Con bando di gara in data 30 settembre 2003, la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (in prosieguo: la «Camera di Commercio») ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento, in base al criterio del prezzo più basso, del servizio di corriere per il triennio 2004-2006 a favore, tra l'altro, della stessa Camera di Commercio, per l'importo a base d'asta di EUR 530 000, IVA esclusa.

8. In esito all'esame della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, la SDA Express Courier Spa (in prosieguo: la «SDA»), la Poste Italiane Spa (in prosieguo: la «Poste Italiane») e la Assitur Srl (in prosieguo: la «Assitur») venivano ammesse alla gara.

9. Il 12 novembre 2003 la Assitur chiedeva che, in applicazione delle prescrizioni di gara che facevano divieto alle imprese singole di partecipare anche in forma raggruppata, venisse disposta l'esclusione della SDA e della Poste Italiane in ragione dei rapporti di collegamento societario sussistenti tra delle imprese.

10. La commissione di gara, dopo aver osservato che la SDA e la Poste Italiane avevano preso parte alla gara disgiuntamente, procedeva all'apertura delle offerte economiche, per poi affidare al responsabile del procedimento l'incarico di verificare la sussistenza di rapporti di collegamento tra la SDA e la Poste Italiane che potessero assumere rilevanza ostativa ai fini della partecipazione alla gara.

11. A seguito della verifica, risultava che l'intero pacchetto azionario di SDA era posseduto dalla Attività Mobiliari Spa, a sua volta interamente partecipata dalla Poste Italiane. La commissione di gara notava tuttavia che il decreto legislativo n. 157/1995, che ha dato attuazione in Italia alla direttiva 92/50, non prevede alcun divieto di partecipazione per le imprese in rapporto di controllo e osservava altresì che non erano emersi indizi gravi e concordanti che consentissero di far dubitare della violazione dei principi di concorrenza e di segretezza delle offerte. La commissione di gara proponeva, pertanto, di aggiudicare l'appalto di servizi in favore della SDA, che aveva presentato l'offerta più bassa.

12. Con determinazione n. 712 del 2 dicembre 2003, la Camera di Commercio aggiudicava l'appalto in questione alla SDA.

13. Nel ricorso interposto dinanzi al giudice del rinvio, Assitur chiede segnatamente l'annullamento della determinazione 2 dicembre 2003 e l'accertamento del suo diritto all'aggiudicazione della gara. La Assitur deduce, tra l'altro, che la procedura di gara sarebbe stata condotta in violazione dell'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 e del bando di gara. Sostiene in particolare che, in forza dell'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94, che essa ritiene applicabile anche agli appalti di servizi, l'amministrazione avrebbe dovuto escludere dalla gara le società che erano risultate in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile.

14. Il giudice del rinvio osserva che l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 dispone con certezza l'esclusione per le società che si trovino fra loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile; si è in presenza di una presunzione juris et de jure di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante. Il giudice del rinvio osserva inoltre che la giurisprudenza nazionale in materia riconosce all'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 valore di norma di ordine pubblico, applicabile in quanto tale non solo agli appalti di lavori pubblici ma anche agli appalti di servizi e forniture. A suo parere quindi si sarebbe indotti a concludere che la commissione di gara avrebbe dovuto disporre immediatamente l'esclusione sia della SDA sia della Poste Italiane, le quali versano pacificamente in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 del codice civile.

15. Il giudice del rinvio ritiene che il quadro normativo sopra delineato ponga tuttavia problemi interpretativi circa la compatibilità di tale regime con l'ordinamento comunitario, in particolare con l'art. 29 della direttiva 92/50, quale interpretato dalla Corte nella sentenza La Cascina e Zilch/Ministero della Difesa e a. (6). In tale causa la Corte, dopo avere precisato che l'art. 29 della direttiva 92/50 prevede sette cause di esclusione dei candidati dalla partecipazione ad un appalto, ha dichiarato che gli Stati membri non possono prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate.

16. Il giudice del rinvio osserva tuttavia che la norma stabilita dall'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94, il cui campo di applicazione è stato esteso dal decreto legislativo n. 163/06, è diretta a sanzionare ogni comportamento collusivo delle imprese strettamente collegate fra loro nell'ambito di una procedura di gara. Tale norma, dunque, favorirebbe l'esplicitarsi del principio di libera concorrenza e non sarebbe in reale contrasto con l'art. 29 della direttiva 92/50.

17. Sulla base delle considerazioni che precedono, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha deciso, con ordinanza 5 dicembre 2006, di sospendere il procedimento e di sottoporre all'esame della Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 29 della direttiva 92/50/CEE, 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 1bis, 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».

#### IV – Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

18. Sono state presentate osservazioni scritte e orali dalla Camera di Commercio, dalla SDA, dalla Poste Italiane, dalla Repubblica italiana e dalla Commissione. La Assitur, inoltre, ha svolto osservazioni orali all'udienza del 4 dicembre 2008.

#### V – Ricevibilità

19. La Camera di Commercio e la SDA ritengono che la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte sia irricevibile. La Camera di Commercio deduce che dall'ordinanza di rinvio risulterebbe chiaramente che secondo il giudice nazionale l'art. 29 della direttiva 92/50 sarebbe lacunoso poiché non stabilirebbe l'esclusione di società collegate. Il giudice del rinvio, pertanto, non chiederebbe un'interpretazione dell'art. 29 della direttiva 92/50, bensì un'integrazione della suddetta norma. La SDA ritiene che, dal momento che il giudice del rinvio non avrebbe accertato l'esistenza di un collegamento fra la SDA e la Poste Italiane tale da falsare la procedura di gara, esso non potrebbe

chiedere alla Corte di statuire sulla questione. In realtà la questione pregiudiziale sarebbe intesa solo all'accertamento di fatti, aspetto che rientrerebbe nella competenza esclusiva del giudice nazionale.

20. Secondo una giurisprudenza consolidata, nell'ambito della cooperazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali stabilita dall'art. 234 CE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate in via pregiudiziale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (7).

21. Tuttavia la Corte ha anche affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza. Secondo giurisprudenza costante, essa può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (8).

22. Ciò non si verifica nella fattispecie.

23. A mio avviso, dall'ordinanza di rinvio risulta chiaramente che alla Corte è chiesto di chiarire se il giudice del rinvio debba, in forza del diritto comunitario e in particolare dell'art. 29 della direttiva 92/50 e della giurisprudenza in proposito, disapplicare una normativa nazionale che dispone l'esclusione dalle gare di appalto di società che si trovino tra loro in un rapporto di controllo.

24. Nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio, la Assitur sostiene che, ai sensi dell'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94, la Camera di Commercio avrebbe dovuto escludere dalla procedura di gara le società che si trovavano in rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. La Camera di Commercio, la SDA e la Poste Italiane, invece, sono dell'avviso che, in forza della sentenza pronunciata dalla Corte nella causa La Cascina e Zilch (9), gli Stati membri non possono prevedere cause di esclusione da gare di appalto diverse da quelle indicate all'art. 29 della direttiva 92/50. La Camera di Commercio, la SDA e la Poste Italiane osservano che l'art. 29 della direttiva 92/50 non prevede, tra le cause tassative di esclusione, l'ipotesi di società tra loro in rapporto di controllo. Il giudice del rinvio ritiene tuttavia che, dal momento che l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 è una norma diretta a sanzionare ogni comportamento collusivo delle imprese, esso favorisce il libero esplicarsi del principio di libera concorrenza ed è pertanto strettamente aderente, segnatamente, all'art. 81 CE e segg.

25. È pertanto chiaro che la questione sottoposta si riferisce all'oggetto della causa principale, così come definito dal giudice del rinvio, e che la soluzione della stessa potrebbe essere utile al suddetto giudice per aiutarlo a decidere se l'esclusione di società dalla procedura di gara in questione ai sensi dell'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 sia conforme al diritto comunitario.

26. Inoltre, contrariamente a quanto asserito dalla SDA, la questione pregiudiziale non è, a mio parere, intesa a stabilire se e in che misura la SDA e la Poste Italiane siano di fatto collegate fra

loro. Come osservato correttamente dalla SDA, la suddetta questione è di competenza esclusiva del giudice nazionale.

27. Stando così le cose, ritengo che la Corte dovrebbe dichiarare ricevibile la domanda sottoposta in via pregiudiziale.

VI – Nel merito

A – Osservazioni presentate alla Corte

28. All'udienza svoltasi il 4 dicembre 2008, la Assitur ha affermato che l'elenco di cui all'art. 29 della direttiva 92/50 non sarebbe tassativo. In un caso come quello di specie, in cui due società partecipano ad una gara d'appalto e una di esse è interamente controllata dall'altra, la loro partecipazione dovrebbe considerarsi illegittima in quanto in palese violazione del principio di concorrenza che deve essere tutelato.

29. Secondo la Camera di Commercio, in assenza di norme che vietino alle società controllate la partecipazione a gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, o di indicazioni in proposito nel bando di gara, la Poste Italiane e la SDA non avrebbero potuto essere escluse automaticamente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, tanto più che l'amministrazione aggiudicatrice ha verificato che il rapporto fra la SDA e la Poste Italiane non era tale da inficiare la trasparenza e la correttezza della procedura di gara. Ai sensi della normativa comunitaria, la mera partecipazione di una società al capitale di un'altra non rappresenterebbe un motivo sufficiente di esclusione da una gara laddove non sia stato accertato un nesso operativo.

30. La SDA, la Poste Italiane e la Repubblica italiana ritengono che, in adesione alla sentenza nella causa La Cascina e Zilch (10), l'art. 29 della direttiva 92/50, che prevede sette cause di esclusione dei candidati dalla partecipazione ad un appalto, garantisca che gli Stati membri non possano prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate. Secondo la SDA, l'art. 29 della direttiva 92/50 osterebbe pertanto all'adozione di normative nazionali come quella di cui all'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94.

31. La Poste Italiane ritiene inoltre che l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94, introducendo una presunzione assoluta di collusione per le società che si trovino tra loro in rapporto di controllo, ostacoli –invece di favorire– i principi di concorrenza. La suddetta norma impedirebbe la partecipazione simultanea ad una gara di società dove il rapporto di controllo non si sia di fatto tradotto in collusione, limitando così il numero dei concorrenti.

32. La Repubblica italiana osserva che, mentre l'art. 29 della direttiva 92/50 stabilisce l'esclusione di società in base alla loro situazione personale (e generale), l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 disciplina in modo oggettivo le diverse offerte, escludendo quelle che in realtà sono il frutto di un unico centro decisionale e che, pertanto, difettano della necessaria indipendenza, serietà e affidabilità. La ratio della norma consisterebbe nel porre la stazione appaltante in condizione di garantire l'effettivo rispetto del carattere competitivo di una procedura di gara e la repressione di ogni possibile forma di collusione. La Repubblica italiana, pertanto, ritiene che l'art. 29 della direttiva 92/50 non impedisca agli Stati membri di adottare clausole di esclusione per affrontare altre situazioni oggettive, laddove una pluralità di offerte non garantisca una concorrenza effettiva fra di esse.

33. La Commissione osserva che dalla sentenza La Cascina e Zilch risulterebbe che l'art. 29 della direttiva 92/50 prevede un catalogo di sette cause di esclusione di candidati dalla

partecipazione ad un appalto relative all'onestà professionale, alla solvibilità e all'affidabilità. Pertanto, gli Stati membri non possono prevedere altre cause di esclusione fondate sull'onestà professionale, la solvibilità e l'affidabilità di un candidato. Nondimeno, l'art. 29 non impedisce agli Stati membri di prevedere altre cause di esclusione che non siano relative all'onestà professionale, alla solvibilità e all'affidabilità del candidato, ma piuttosto alla necessità di garantire il corretto funzionamento della procedura di gara e, in particolare, il rispetto del principio di uguaglianza. Dal momento che l'offerta di una società controllata da un'altra sarà certamente nota e potrà persino essere «controllata» da quest'ultima, l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 è finalizzato a garantire una concorrenza effettiva e la parità di trattamento fra i concorrenti. La Commissione evidenzia inoltre che un gruppo di società, attraverso offerte concertate, può influenzare la determinazione della soglia per offerte anormalmente basse, comportando così l'esclusione di concorrenti non facenti parte del gruppo.

34. Sebbene l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 persegua uno scopo legittimo di garantire la parità di trattamento, la Commissione ritiene che il carattere della suddetta norma sia sproporzionato, non consentendo ai concorrenti che si trovino fra loro in posizione di controllo di dimostrare che le loro offerte sono state di fatto predisposte in totale autonomia e senza che la società controllante fosse a conoscenza del contenuto delle stesse. La Commissione ritiene pertanto che la presunzione *juris et de jure* di cui all'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 possa non servire affatto lo scopo del favorire la concorrenza.

#### B – Valutazione

35. A mio parere, dalla sentenza *La Cascina e Zilch* risulta chiaramente che l'art. 29 della direttiva 92/50 stabilisce in modo tassativo le sette cause che uno Stato membro può (11) invocare per escludere candidati dalla partecipazione ad un appalto pubblico di servizi in base a criteri relativi alla loro qualità professionale, ossia la loro onestà professionale, solvibilità ed affidabilità (12).

36. L'art. 29 della direttiva 92/50, pertanto, implica che gli Stati membri non possano prevedere ulteriori cause di esclusione riferite all'onestà professionale, alla solvibilità e all'affidabilità di un candidato (13).

37. Tale impostazione è stata di fatto confermata da ultimo dalla Corte nella sentenza *Michaniki* (14), relativamente all'art. 24 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (15). Anche l'art. 24 della direttiva 93/37 stabilisce sette cause di esclusione della partecipazione di candidati da un appalto per motivi di onestà professionale, solvibilità e capacità economica e finanziaria degli stessi, che riflettono le cause di cui all'art. 29 della direttiva 92/50.

38. L'elenco tassativo delle sette cause di cui all'art. 29 della direttiva 92/50 non esclude tuttavia la facoltà degli Stati membri di mantenere o di adottare altre norme dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto del principio della parità di trattamento e del principio di trasparenza. I suddetti principi, che costituiscono l'essenza delle direttive relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, devono essere osservati dalle amministrazioni aggiudicatrici in ogni procedura di aggiudicazione di un appalto di tale natura e comportano, in particolare, che gli offerenti debbano trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, uno Stato membro ha il diritto di prevedere misure di esclusione destinate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti, nonché di trasparenza, nel contesto delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a parte le sette cause di esclusione fondate

su considerazioni oggettive di qualità professionale, tassativamente elencate all'art. 29 della direttiva 92/50 (16).

39. Dal momento che gli Stati membri sono nella posizione migliore per identificare, alla luce di considerazioni di ordine storico, economico o sociale che sono loro proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti idonei a provocare violazioni del rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, la Corte ha confermato nella sentenza *Michaniki* che occorre riconoscere agli Stati membri un certo margine di discrezionalità ai fini dell'adozione di provvedimenti destinati a garantire il rispetto di tali principi. Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto comunitario, siffatte misure non devono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo (17).

40. Dall'ordinanza di rinvio risulta che il legislatore italiano, mediante l'adozione dell'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 ha inteso garantire il corretto e trasparente svolgimento delle gare ad evidenza pubblica (18). Secondo il giudice del rinvio, il legislatore italiano ritiene che il libero gioco della concorrenza e il libero confronto risulterebbero irrimediabilmente e negativamente alterati dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Da quanto si evince dall'ordinanza di rinvio, il legislatore italiano ritiene che la suddetta situazione si verifichi nelle ipotesi in cui le imprese siano controllate o soggette ad una notevole influenza, come enunciato all'art. 2359 del codice civile. Conseguentemente, le società controllate non sono considerate soggetti terzi rispetto alle controllanti e, quindi, non sono legittimate a presentare altra offerta nella medesima gara (19).

41. Ritengo che dalle considerazioni suesposte risulti che l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 non si riferisca all'onestà professionale, alla solvibilità e all'affidabilità dei candidati. Nonostante alcune osservazioni svolte dalla Commissione all'udienza del 4 dicembre 2008, non ritengo che l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 sia finalizzato ad escludere candidati che, ai sensi dell'art. 29, lett. d), della direttiva 92/50 «si sia[no] res[i] responsabil[i] di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione». Infatti, l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 non riguarda il comportamento dei candidati, bensì è inteso a prevenire situazioni in cui gli stessi rapporti esistenti fra talune società partecipanti alle procedure di gara potrebbero falsare tale gara (20).

42. Ritengo pertanto, sulla base delle informazioni fornite dal giudice del rinvio, che l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 sia finalizzato a garantire la parità di trattamento di tutti i concorrenti e la trasparenza delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e che il diritto comunitario debba essere interpretato nel senso di non ostare, in linea di principio, all'adozione delle suddette misure nazionali. Il provvedimento in questione, tuttavia, deve essere compatibile con il principio di proporzionalità (21).

43. Secondo il giudice del rinvio, l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 stabilisce l'esclusione dalle procedure di gara di società che si trovino fra loro in una situazione di controllo. Inoltre l'esclusione, che è automatica, è basata sulla presunzione della conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante. Trattasi di una presunzione *juris et de jure*, che non può essere dunque confutata neppure fornendo la prova che la controllata abbia formulato la propria offerta in totale autonomia.

44. Ritengo che una misura nazionale come quella oggetto della causa principale, che comporta l'esclusione automatica di taluni offerenti dalle procedure di gara, sia per sua natura sproporzionata,

in quanto non consente agli offerenti che si trovino fra loro in rapporto di controllo di dimostrare che le loro offerte sono state in effetti redatte in modo tale da non pregiudicare la parità di trattamento degli offerenti e la trasparenza delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici (22).

## VII – Conclusione

45. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di risolvere la questione sottoposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia nel seguente modo:

– L'art. 29 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 essa configura un elenco tassativo di cause, basate su considerazioni oggettive di qualità professionale, che possono giustificare l'esclusione di un operatore da un appalto pubblico di servizi. L'art. 29 della medesima direttiva, tuttavia, non osta a che uno Stato membro disponga ulteriori misure di esclusione finalizzate ad assicurare il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità.

– Il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo le finalità legittime della parità di trattamento degli offerenti e della trasparenza nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, comporti l'esclusione automatica da tali procedure degli offerenti che si trovino fra loro in rapporto di controllo, quale definito dalla normativa nazionale, senza dare loro la possibilità di dimostrare che, nella fattispecie, il suddetto rapporto non ha comportato alcuna violazione dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza.

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 – GU L 209, pag. 1.

3 – Supplemento ordinario alla GURI n. 104 del 6 maggio 1995.

4 – GURI n. 41 del 19 febbraio 1994, supplemento ordinario.

5 – GURI n. 100 del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107.

6 – Sentenza 9 febbraio 2006, cause riunite C-226/04 e C-228/04 (Racc. pag. I-1347).

7 – Sentenze 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller (Racc. pag. I-2529, punto 33), e 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini (Racc. pag. I-6199, punto 43).

8 – Sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra (Racc. pag. I-2099, punto 39); 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital (Racc. pag. I-607, punto 19), e 11 settembre 2008, causa C-11/07, Eckelkamp e a. (Racc. pag. I-0000, punto 28).

9 – Cit. alla nota 6.

10 – Cit. alla nota 6.

11 – Di fatto gli Stati membri non sono obbligati ad adottare tali cause di esclusione, in quanto l'uso del termine «può» (invece di «è») all'art. 29 della direttiva 92/50 ne rende l'adozione puramente facoltativa. Sebbene possa essere difficile conciliare il fatto che l'adozione delle suddette cause di esclusione da parte degli Stati membri sia facoltativa con il carattere tassativo delle stesse, la Corte, nella sentenza *La Cascina e Zilch*, ha confermato che «... l'art. 29 della direttiva non prevede in materia una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello comunitario, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione, optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di alleviare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti dall'art. 29 della direttiva». V. punto 23.

12 – V., per analogia, punto 21 della sentenza *La Cascina e Zilch*, cit. alla nota 6.

13 – V., per analogia, punto 22 della sentenza *La Cascina e Zilch*, cit. alla nota 6.

14 – Sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07 (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 41-43).

15 – GU L 199, pag. 54, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, GU L 328, pag. 1 (in prosieguo: la «direttiva 93/37»).

16 – V., a tale proposito, punti 44-47 della sentenza *Michaniki* e della giurisprudenza ivi cit. Al punto 47 della sentenza *Michaniki*, la Corte ha affermato che «[n]e consegue che uno Stato membro ha il diritto di prevedere, in aggiunta alle cause di esclusione fondate su considerazioni oggettive di qualità professionale, tassativamente elencate all'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37, misure di esclusione destinate a garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento di tutti gli offerenti, nonché di trasparenza, nel contesto delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (il corsivo è mio). Sono dell'avviso che l'uso della locuzione «in aggiunta» nel punto in questione possa dare l'impressione che sia possibile aggiungere altre cause alle sette cause di esclusione di cui all'art. 24 della direttiva 93/37 e, per analogia, a quelle di cui all'art. 29 della direttiva 92/50. È chiaro che questa non era l'intenzione della Corte. Nel testo di cui sopra ho usato la locuzione «a parte» per evidenziare che le cause di esclusione intese a garantire l'osservanza dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici sono di una specie o di una natura diversa rispetto alle cause di esclusione di cui agli artt. 24 della direttiva 93/37 e 29 della direttiva 92/50. Il fatto che l'art. 24 della direttiva 93/37 e l'art. 29 della direttiva 92/50 contengano un elenco tassativo di cause di esclusione dei candidati basate sulla qualità professionale degli stessi è confermato, a mio avviso, dall'art. 45 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114). L'art. 45, n. 2, della direttiva 2004/18 riproduce le sette cause relative alle qualità professionali di cui all'art. 24 della direttiva 93/37 e all'art. 29 della direttiva 92/50. È stata tuttavia aggiunta una categoria di cause obbligatorie di esclusione dei candidati completamente nuova e distinta all'art. 45, n. 1, della direttiva 2004/18, fondata segnatamente sulle condanne penali dei candidati per partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione e frode.

17 – V, in proposito, punti 55, 56 e 48 della sentenza *Michaniki* (cit. alla nota 14) e la giurisprudenza ivi cit. Sebbene la causa *Michaniki* riguardi una norma nazionale che stabilisce un regime generale di incompatibilità fra il settore dei lavori pubblici e quello dei mezzi di

informazione e comporta l'esclusione dall'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori degli imprenditori operanti anche nel settore dei mezzi di informazione, la ratio o i principi giuridici sottesi a quella pronuncia possono, a mio parere, essere applicati in via generale nel campo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e non sono affatto specifici o limitati al settore dei mezzi di informazione. Pertanto, normative nazionali intese a realizzare i principi di parità di trattamento e di trasparenza e che abbiano carattere proporzionato, non costituiscono, in linea di principio, alcuna violazione delle norme comunitarie che disciplinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

18 – Secondo il giudice del rinvio, l'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 è una norma di ordine pubblico. Il suddetto articolo è di applicazione generale e, pertanto, riguarda anche gli appalti di servizi e fornitura, indipendentemente dal fatto che la stazione aggiudicatrice abbia imposto specificamente tale norma. V. paragrafo 14 supra.

19 – In udienza, la Repubblica italiana ha evidenziato che il provvedimento nazionale in questione è stato adottato a seguito di numerosi scandali verificatisi nel settore degli appalti pubblici. Nelle sue osservazioni scritte e orali, inoltre, la Commissione ha fornito esempi del modo in cui una società che controlla un'altra può falsare una procedura di gara in cui partecipino entrambe.

20 – Con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, l'art. 10, comma 1bis, della legge 109/94 non sembra riguardare comportamenti collusivi nel senso di cui all'art. 81 CE. L'art. 10, comma 1bis, della legge n. 109/94 sembra piuttosto riguardare situazioni in cui due o più società formalmente distinte che di fatto rappresentano un'entità economica unica partecipino simultaneamente ad una procedura di gara, pregiudicando in tal modo la parità di trattamento di tutti gli offerenti e la trasparenza delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici. In assenza, fra l'altro, di un accordo o di una pratica concordata fra imprese, l'art. 81 CE non trova applicazione. V. sentenza 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, Viho/Commissione (Racc. pag. I-5457, punti 48- 51).

21 – V. paragrafo 39 supra.

22 – L'applicazione di una siffatta misura nazionale, infatti, può precludere la partecipazione a procedure di gara di soggetti anche laddove ciò non comporti alcun rischio relativamente alla parità di trattamento degli offerenti e alla trasparenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.