

DUE IMPRESE, FRA LORO IN RAPPORTO DI CONTROLLO, POSSONO PARTECIPARE ALLA STESSA GARA D'APPALTO SE DIMOSTRANO CHE NON C'È VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PARITÀ DI TRATTAMENTO E DI TRASPARENZA.

Nota a sentenza del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 1, 2009]



CORTE GIUSTIZIA, primo febbraio 2009, causa C-538/07, conclusioni dell'Avv. Generale Jan Mazak, Assitur vs. CCIAA di Milano

Secondo l'Avvocato generale Jàn Mazàk il diritto comunitario impedisce che una norma nazionale escluda dalle procedure di aggiudicazione nel settore degli appalti pubblici due imprese fra loro in rapporto di controllo, senza che sia data la possibilità alle stesse di dimostrare che non c'è stata violazione dei principi comunitari (parità di trattamento e trasparenza).

Se la sentenza della Corte di giustizia, attesa nei prossimi mesi, andrà a confermare le conclusioni dell'Avvocato generale potrebbe aprirsi un capitolo nuovo per la partecipazione delle società controllate nel mercato degli appalti pubblici, nonché la necessità per il legislatore italiano di modificare la normativa vigente.

In effetti, il Codice degli appalti (art. 34, co. 2) stabilisce che “*non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una situazione di controllo*” e rinvia espressamente alle ipotesi di “*società controllate*” individuate dal codice civile (art. 2359 c.c.), vale a dire:

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

In tutti questi casi opera una presunzione di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della società controllante e l'esclusione stabilita dal legislatore è diretta ad evitare ogni comportamento collusivo nell'ambito delle procedure di gara. Inoltre, trattandosi di una presunzione *juris et de jure* essa non può essere superata neppure fornendo la prova che la società controllata abbia formulato la propria offerta in totale autonomia.

Secondo l'Avvocato generale una disposizione nazionale che comporta l'esclusione automatica di taluni offerenti dalle procedure di gara è “*sproporzionata*”, poiché “*non consente agli offerenti che si trovino fra loro in rapporto di controllo di dimostrare che le loro offerte sono state redatte in modo tale da non pregiudicare la parità di trattamento degli offerenti e la trasparenza delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici*”. Ciò avrebbe l'effetto, prosegue ancora l'Avvocato, di prevedere l'esclusione

anche a fronte di fattispecie nelle quali non v'è alcun rischio di lesione dei principi della parità di trattamento degli offerenti e della trasparenza delle procedure di aggiudicazione. Resta inteso che spetta ai concorrenti dimostrare la mancata violazione di questi principi.

Ulteriori conseguenze

In caso di conferma delle conclusioni dell'Avvocato generale anche altre disposizioni del Codice degli appalti (d.lgs. 163/2006) potrebbero essere oggetto di revisione, fra queste l'art. 37, co. 7, come modificato dal terzo decreto correttivo (d.lgs. 152/2008) ed in vigore dal 17 ottobre 2008. La norma, criticata dagli operatori, prevede una restrizione per i consorzi artigiani e cooperativi alla partecipazione agli appalti pubblici. Infatti, nelle ipotesi in cui le stazioni appaltanti si avvalgano della possibilità di applicare l'esclusione automatica dell'offerta anomala nelle gare inferiori ad un milione di euro, tali consorzi non possono partecipare insieme alle loro associate.

La *ratio* della norma è quello di evitare il fenomeno delle cordate, ovverosia dei gruppi di imprese che si accordano per cercare di influenzare l'esito di una gara sfruttando appunto il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

L'effetto di questa esclusione, la cui trasgressione viene configurata come turbativa d'asta, sembra porsi in contrasto con le conclusioni dell'Avv. generale, secondo il quale il diritto comunitario tende ad escludere forme di esclusione 'automatiche' dalla partecipazione alle gare.

Lo stesso Avv. generale ammette l'opportunità di riconoscere un certo margine di discrezionalità agli Stati membri e, di conseguenza, la loro facoltà di stabilire cause di esclusione che non siano solo quelle previste dal legislatore comunitario sempreché dirette a garantire gli stessi principi: vale a dire il rispetto del principio della parità di trattamento e del principio di trasparenza. In effetti, come precisa l'Avv. generale, "*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*". È evidente, però, che le misure di esclusione non devono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.