

*DALLA CORTE DI GIUSTIZIA UN MONITO SULLA NON
COMPATIBILITÀ DELLE PROCEDURE DI ESCLUSIONE
AUTOMATICA CON I PRINCIPI DI PARITÀ DI TRATTAMENTO E
DI PROPORZIONALITÀ*

Nota del dott. Michele Cozzio*



**CORTE di GIUSTIZIA CE, Sez. IV, C-376/08, del 23 dicembre 2009,
Serrantoni Srl e Consorzio Stabile edili, pres. K. Lenaerts, rel. E. Juhasz**

Il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (art. 7, n. 1, lett. c), ma che riveste un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica dalla partecipazione a detta procedura e l'irrogazione di sanzioni penali contro tanto un consorzio stabile quanto le imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito dello stesso procedimento, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.

1. Dopo la recente decisione della Corte di giustizia sul caso *Assitur*¹ con questa nuova pronuncia i giudici comunitari tornano sul tema delle esclusioni automatiche per confermarne la criticità rispetto ai principi di parità di trattamento e di proporzionalità.

Nel caso *Assitur* i giudici dell'Unione hanno stabilito che non è conforme al diritto comunitario la norma nazionale che vieta alle 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 tale rapporto non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale gara. La norma in discussione era quella della 'vecchia' legge Merloni (art. 10, co. 1, l. 11 febbraio 1994 n. 109) poi transitata senza modifiche nel Codice degli appalti. L'art. 34 co. 2 stabiliva infatti che “*non possono partecipare alla medesima gara*

* Articolo estratto da *Informator*, EDK, 2, 2010, 141 e ss.

¹ V. sentenza della Corte di giustizia, sez. IV, del 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, per cui si rinvia alle osservazioni svolte nella presente rubrica su *Informator* 1/2009.

concorrenti che si trovino fra di loro in una situazione di controllo” e rinviava espressamente alle ipotesi di “società controllate” individuate nel Codice civile (art. 2359 c.c.). L’impatto della sentenza Assitur si è fatto sentire: con d.l 25 settembre 2009 n. 135² il legislatore nazionale ha modificato, sopprimendo, il comma 2 dell’art. 34.

2. Nel caso *Serrantoni Srl e altri* l’attenzione della Corte si focalizza sull’art. 36 del Codice appalti e, precisamente, sul quinto comma, a mente del quale era *“vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile a dei consorziati”*.

I giudici sottolineano che siffatta esclusione automatica è applicata unicamente ai consorzi stabili e alle imprese che li compongono, e non ad altri tipi di consorzi, quali quelli di società cooperative di produzione e lavoro, nonché quelli di imprese artigiane. Inoltre rilevano che l’esclusione è prevista solo a fronte di offerte concorrenti (del consorzio e della singola impresa consorziata), indipendentemente dalla circostanza che il consorzio partecipi o meno all’appalto pubblico per conto e nell’interesse dell’impresa consorziata. Ciò costituisce, a detta dei giudici, un trattamento discriminatorio a svantaggio di tale forma di consorzio e, pertanto, non è conforme al principio di parità (pt. 37 e 38).

“Una norma del genere”, proseguono i giudici, “comporta una presunzione irrefragabile d’interferenza reciproca nei casi in cui un consorzio e una o più imprese che lo compongono abbiano presentato, nella stessa procedura di appalto pubblico, offerte concorrenti, anche quando il consorzio di cui trattasi non è intervenuto nel procedimento per conto e nell’interesse di dette imprese, senza che sia stata consentita la possibilità tanto al consorzio quanto alle imprese interessate di provare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che,

² V. il decreto convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009 n. 166 recante *Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, part. l’art. 3 rubricato *Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07*

di conseguenza, non vi è un rischio d'influenza sulla concorrenza fra gli offerenti”.

Ne deriva un obbligo di esclusione che le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare anche nei casi in cui i rapporti esistenti tra questi ultimi restino senza incidenza sul loro comportamento nell'ambito delle procedure cui essi hanno partecipato. Il che: (1) si pone in evidente contrasto con il *favor* comunitario a che sia garantita la più ampia partecipazione alla gara d'appalto e (2) va oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo consistente nel garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

La Corte rileva che la disposizione del Codice si pone in contrasto anche con le regole in tema di libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 TFUE) poiché è tale *“da esercitare un'influenza dissuasiva sugli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, vale a dire, da un lato, gli operatori che intendano stabilirsi nello Stato membro considerato mediante la creazione di un consorzio stabile, costituito eventualmente da imprese nazionali e straniere, e, dall'altro, quelli che intendano aderire a tali consorzi già costituiti, al fine di poter partecipare più agevolmente a procedure di appalti pubblici organizzate dalle amministrazioni aggiudicatrici di detto Stato membro e di poter così offrire più facilmente i loro servizi”* (pt. 42). Né tale *“influenza dissuasiva”* pare giustificabile in ragione dell'obiettivo perseguito che è quello di evitare collusioni potenziali tra il consorzio in questione e le imprese che lo compongono; la norma infatti va oltre quanto necessario per il perseguimento di detto obiettivo.

La sentenza non produce modifiche sostanziali nell'ordinamento nazionale dal momento che il legislatore nazionale aveva già modificato, prima della pronuncia della Corte e sollecitato da una procedura di infrazione avviata dalla Commissione, la norma in questione. L'art. 36, co. 5, del Codice appalti ora stabilisce che *“i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi e' fatto divieto di*

partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato”.

3. V'è un secondo aspetto toccato nella sentenza che merita attenzione: gli appalti transfrontalieri. Già si è introdotto il tema³ rilevando le criticità connesse ai criteri con i quali la Corte suggerisce di definire il carattere transfrontaliero di un appalto. Nel caso *Serrantoni Srl*, però, i giudici dell'Unione sembrano compiere un discutibile passo avanti, attribuendo alla transfrontalierità valore di *condicio sine qua* non per l'applicazione dei principi del Trattato agli appalti sottosoglia.

Il che vorrebbe dire, in altri termini, che gli appalti pubblici sottosoglia, privi di tale attributo, sono esclusi dall'applicazione dei principi fondamentali del Trattato “*ed in particolare quelli della parità di trattamento, di funzionalità e di trasparenza*” (pt. 23). Secondo i giudici “*l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione delle disposizioni comunitarie presuppone che gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo*” (pt. 24).

È evidente che il consolidamento di un tale orientamento, oltre a porsi in contrasto con quello espresso dalla Commissione (v. la Comunicazione interpretativa relativa *al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*), rischia di dare spazio, per l'indeterminatezza del concetto dell'appalto transfrontaliero, ad una vasta area di appalti pubblici sottratti all'applicazione delle regole comunitarie di diritto primario e derivato.

³ Vedi le osservazioni svolte in questa rubrica su *Informator* 3/2008 relativamente alla sentenza della Corte di giustizia, Sez. IV, del 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, *Secap e altri*.