

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29763-se-innegabile-che-caduta-la-presunzione-assoluta-di-interferenza-con-il-regolare-andamento-della-gara-in-caso-di-collegamento-societario-rimane-fermo-il-principio-secondo-cui-in-presenza-di-un-un>

Autore: Lazzini Sonia

Se è innegabile che è caduta la presunzione assoluta di interferenza con il regolare andamento della gara in caso di collegamento societario, rimane fermo il principio secondo cui, in presenza di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte,

Tar Campania, Napoli, 26.05.2010 n. 8907

Se è innegabile che è caduta la presunzione assoluta di interferenza con il regolare andamento della gara in caso di collegamento societario, rimane fermo il principio secondo cui, in presenza di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte, occorre procedere all'esclusione dei concorrenti interessati: Nel caso di specie manca una distinzione di soggettività giuridica fra i partecipanti alla gara, i quali, nel corso della stessa, si sono trasformati in un soggetto anche formalmente unico.

Nel caso di specie, a dire il vero, l'arresto della Corte di giustizia non sembra applicabile, posto che la causa di esclusione non risiede nell'accertamento dell'esistenza di un unico centro decisionale nella formazione di due offerte, quanto piuttosto nel divieto di partecipazione plurima di un medesimo soggetto alla commessa pubblica: la preclusione della partecipazione di due offerenti poi confluiti in un unico nuovo soggetto deriva dalla semplice constatazione che risulterebbe impossibile selezionare l'offerta da ritenere ancora valida, non potendosi ammettere la simultanea presenza di due offerte riconducibili al medesimo soggetto, né potendosi ipotizzare una facoltà di scelta (in capo alla stazione appaltante ovvero al concorrente stesso)..

il semplice collegamento può dar luogo all'esclusione da una gara d'appalto solo all'esito di puntuali verifiche compiute con riferimento al caso concreto da parte dell'amministrazione che deve accettare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate

La A.s.l. Napoli 1 ha bandito una gara per la fornitura quinquennale di Reagenti, con utilizzo delle relative apparecchiature, ivi compresa la manutenzione integrale per tutta la durata dell'appalto, l'istruzione e l'addestramento del personale, per tutti i laboratori Analisi, Centri Trasfusionali, di pertinenza della medesima Azienda.

Alla procedura hanno partecipato la ditta Controinteressata e l'a.t.i. Ricorrente due Italia/Ricorrente Medical Solution.

Nel corso di svolgimento della gara, da un lato, la ditta Controinteressata veniva acquisita dal gruppo Ricorrente, così divenendo Ricorrente Healthcare Diagnostic s.r.l.; dall'altro la neonata ditta Ricorrente Healthcare Diagnostic s.r.l. ha incorporato l'impresa Ricorrente Medical Solution, componente dell'a.t.i. concorrente.

Il nuovo assetto societario è alla base dell'impugnata esclusione delle due concorrenti interessate.

Si è costituita la stazione appaltante, che conclude per la reiezione del ricorso.

Respinta la richiesta cautelare con ordinanza n. 2916 del 2009, confermata in appello, all'udienza di discussione del 12 maggio 2010 la causa è trattenuta per la decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorrente contesta decisione deliberata dalla commissione di gara in quanto le vicende modificative degli assetti societari dei due concorrenti esclusi non sarebbero in grado di incidere sulla regolarità e sulla effettiva concorrenzialità della procedura.

Occorre in via preliminare effettuare una ricognizione del quadro normativo di riferimento, tenuto conto che con l'art. 3, comma 3, del d.l. n. 135 del 2009 (convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166) è stato abrogato l'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 ed effettuato il contestuale inserimento all'art. 38 comma 1, della disposizione che di seguito viene riportata:

sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

"m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

La prima parte del secondo comma dell'articolo 34 d.lgs. n. 163 del 2006 (nel testo precedente alla sopra citata abrogazione) ha riprodotto la previsione già contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994 n. 104, stabilendo che "non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile".

Ad eccezione dell'estensione del suo ambito applicativo (lavori, servizi e forniture), questa parte della disposizione era, infatti, sostanzialmente identica al disposto di cui all'art. 10 comma 1-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 104.

La seconda parte dell'art. 34, comma 2 citato ha, invece, recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui le Stazioni appaltanti procedono all'esclusione dalla gara dei soggetti tra i quali accertano la sussistenza di un "collegamento sostanziale".

In sostanza, la prima disposizione, utilizzando la tecnica normativa della presunzione assoluta, comminava la sanzione dell'esclusione di fronte a legami soggettivi tra i partecipanti a prescindere dal comportamento posto in essere durante la gara; la seconda parte facoltizzava l'assunzione di un provvedimento di esclusione da parte delle Stazioni appaltanti per fattispecie di tipo comportamentale. Il fatto che il Legislatore, nella prima parte dell'articolo in esame, abbia ripetuto il richiamo, già operato dalla Legge Merloni, alle ipotesi di controllo societario di cui all'art. 2359 cod. civ., consente di affermare che, a dette ipotesi, poteva essere applicata automaticamente la sanzione dell'esclusione attraverso una verifica ancorata a parametri oggettivi, non suscettibili di valutazioni discrezionali da parte della Stazione appaltante; era, al contrario, imposto il secondo divieto, sulla scorta di valutazioni puntuali e specifiche correlate al caso concreto ed implicanti un potere discrezionale scrutinabile secondo i criteri della ragionevolezza e della congruità.

L'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006, poneva quindi, il delicato problema del raggiungimento di un equilibrio tra due valori costituzionali: la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Costituzione) con la conseguente necessità di garantire tendenzialmente a tutti gli operatori il libero accesso al mercato, e l'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione), che impone la necessaria trasparenza delle operazioni di gara.

Non è superfluo precisare che la nozione comunitaria di collegamento, corrisponde in sostanza a quella nazionale di controllo, tenuto conto che l'art. 63 della Direttiva 2004/18/CE, riproduce, anche se in

materia di appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, la tradizionale definizione comunitaria di "impresa collegata" qualificata come quella soggetta alla influenza dominante di altra impresa; altri casi, sono largamente riconducibili a quelli di cui al primo comma dell'art. 2359 c.c. in cui l'influenza dominante si presume.

Se come detto quindi, la nozione comunitaria di collegamento corrisponde al concetto nazionale di controllo, tutte le altre situazioni di interferenza tra imprese restano fuori dalla considerazione del legislatore europeo. La ratio di tale scelta si deve attribuire alla volontà di garantire la massima apertura concorrenziale nell'accesso alle gare.

È noto, in materia, l'arresto della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza Sez. IV - 19 maggio 2009, causa C - 538/2007), che si è pronunciata sulla questione pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 234 Trattato UE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con decisione 14 novembre 2007, in ordine all'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, nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

La questione era così posta: "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 ostantive e, quindi, inibisca all'art. 10, comma 1 bis, della legge n. 109/94 (poi 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".

La Corte ha affermato che questo elenco tassativo non esclude 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.

La Corte ha altresì 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 e che 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.

Una 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.

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.

In tale contesto, afferma sempre la Corte, "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".

Conclude la Corte di Giustizia nel senso che "il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguitando 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".

Proprio tale sentenza è causa del sopra citato intervento del legislatore abrogativo della disposizione di cui all'articolo 34 ed al contestuale inserimento, nell'articolo 38, dei principi stabiliti in sede comunitaria. Se è innegabile, come sostenuto dal ricorrente, che è caduta la presunzione assoluta di interferenza con il regolare andamento della gara in caso di collegamento societario, rimane fermo il principio secondo cui, in presenza di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte, occorre procedere all'esclusione dei concorrenti interessati.

Nel caso di specie, a dire il vero, l'arresto della Corte di giustizia non sembra applicabile, posto che la causa di esclusione non risiede nell'accertamento dell'esistenza di un unico centro decisionale nella formazione di due offerte, quanto piuttosto nel divieto di partecipazione plurima di un medesimo soggetto alla commessa pubblica.

I principi della Corte di Giustizia riguardano infatti l'ipotesi in cui due soggetti, formalmente e giuridicamente distinti, possano essere considerati, in virtù di univoci, concordanti e concreti indici rivelatori, come soggetto economicamente unitario.

Ed invero il collegamento è anzitutto un fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, finalizzato all'utilizzo del potenziale di ciascuna in una logica di gruppo; dunque, esso non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi poiché le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia. Ciò giustifica l'atteggiamento prudente accolto in sede comunitaria (ed ora trasfuso nel codice degli appalti), secondo cui il semplice collegamento può dar luogo all'esclusione da una gara d'appalto solo all'esito di puntuale verifiche compiute con riferimento al caso concreto da parte dell'amministrazione che deve accertare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate (Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 923).

Nel caso di specie manca una distinzione di soggettività giuridica fra i partecipanti alla gara, i quali, nel corso della stessa, si sono trasformati in un soggetto anche formalmente unico.

Pertanto non è questione di stabilire l'esistenza di un unico centro decisionale al momento di presentazione delle offerte, ma di rispettare il divieto di partecipazione plurima ad una gara ad evidenza pubblica; divieto che, beninteso, non può che applicarsi a tutta la durata di volgimento della procedura. D'altra parte, come accennato in sede cautelare, la preclusione della partecipazione di due differenti poi confluiti in un unico nuovo soggetto deriva dalla semplice constatazione che risulterebbe impossibile selezionare l'offerta da ritenere ancora valida, non potendosi ammettere la simultanea presenza di due offerte riconducibili al medesimo soggetto, né potendosi ipotizzare una facoltà di scelta (in capo alla stazione appaltante ovvero al concorrente stesso).

La presenza di due offerte, entrambe imputabili ad un unico sopravvenuto soggetto strida evidentemente con i principi di trasparenza e certezza delle offerte, minando il fondamentale principio della concorrenza fra le stesse offerte (Cons. St., sez V, 15 aprile 2004 n. 2150).

Si tratta di un principio così elementare che il legislatore non lo esplicita compiutamente, limitandosi ad introdurre il divieto per i concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti (articolo 37, comma 7, del codice appalti).

In questa prospettiva, non potendosi dubitare della compatibilità del divieto di duplice partecipazione sotto diversa forma con i principi di diritto comunitario, non può essere accolta l'istanza di rinvio pregiudiziale avanzata dalla ricorrente al fine di provocare la remissione degli atti alla Corte di Giustizia Costituzionale e la sospensione del giudizio.

In definitiva il ricorso deve essere respinto. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 8907 del 26 maggio 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

N. 08907/2010 REG.SEN.

N. 06615/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 6615 del 2009, proposto da: Ricorrente Healthcare Diagnostics s.r.l., Ricorrente Medical Solution Diagnostics s.r.l. e Ricorrente due Italia s.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Carlo Iaccarino, Lorella Fumarola e Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso il primo in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia, n. 55;

contro

A.S.L. Napoli 1 Centro, rappresentato e difeso dall'avv. Lidia Buondonno, con domicilio eletto presso l'avvocatura regionale in Napoli, via S. Lucia, n. 81;

per l'annullamento

- del verbale n. rep 1318 del 16.11.09 con il quale la Commissione ha escluso i ricorrenti dalla gara indetta dalla A.S.L. Napoli 1 Centro, per l'affidamento, in somministrazione, della fornitura quinquennale di Reagenti, con utilizzo delle relative apparecchiature, ivi compresa la manutenzione integrale per tutta la durata

dell'appalto, l'istruzione e l'addestramento del personale, per tutti i laboratori Analisi, Centri Trasfusionali, di pertinenza della medesima ASL; - di ogni altro atto connesso e conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.S.L. Napoli 1 Centro;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2010 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La A.s.l. Napoli 1 ha bandito una gara per la fornitura quinquennale di Reagenti, con utilizzo delle relative apparecchiature, ivi compresa la manutenzione integrale per tutta la durata dell'appalto, l'istruzione e l'addestramento del personale, per tutti i laboratori Analisi, Centri Trasfusionali, di pertinenza della medesima Azienda.

Alla procedura hanno partecipato la ditta Controinteressata e l'a.t.i. Ricorrente due Italia/Ricorrente Medical Solution.

Nel corso di svolgimento della gara, da un lato, la ditta Controinteressata veniva acquisita dal gruppo Ricorrente, così divenendo Ricorrente Healthcare Diagnostic s.r.l.; dall'altro la neonata ditta Ricorrente Healthcare Diagnostic s.r.l. ha incorporato l'impresa Ricorrente Medical Solution, componente dell'a.t.i. concorrente.

Il nuovo assetto societario è alla base dell'impugnata esclusione delle due concorrenti interessate.

Si è costituita la stazione appaltante, che conclude per la reiezione del ricorso.

Respinta la richiesta cautelare con ordinanza n. 2916 del 2009, confermata in appello, all'udienza di discussione del 12 maggio 2010 la causa è trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorrente contesta decisione deliberata dalla commissione di gara in quanto le vicende modificative degli assetti societari dei due concorrenti esclusi non sarebbero in grado di incidere sulla regolarità e sulla effettiva concorrenzialità della procedura.

Occorre in via preliminare effettuare una ricognizione del quadro normativo di riferimento, tenuto conto che con l'art. 3, comma 3, del d.l. n. 135 del 2009 (convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166) è stato abrogato l'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 ed effettuato il contestuale inserimento all'art. 38 comma 1, della disposizione che di seguito viene riportata:

sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

"m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

La prima parte del secondo comma dell'articolo 34 d.lgs. n. 163 del 2006 (nel testo precedente alla sopra citata abrogazione) ha riprodotto la previsione già contenuta nel comma 1-bis dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994 n. 104, stabilendo che "non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile".

Ad eccezione dell'estensione del suo ambito applicativo (lavori, servizi e forniture), questa parte della disposizione era, infatti, sostanzialmente identica al disposto di cui all'art. 10 comma 1-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 104.

La seconda parte dell'art. 34, comma 2 citato ha, invece, recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui le Stazioni appaltanti procedono all'esclusione dalla gara dei soggetti tra i quali accertano la sussistenza di un "collegamento sostanziale".

In sostanza, la prima disposizione, utilizzando la tecnica normativa della presunzione assoluta, comminava la sanzione dell'esclusione di fronte a legami soggettivi tra i partecipanti a prescindere dal comportamento posto in essere durante la gara; la seconda parte facoltizzava l'assunzione di un provvedimento di esclusione da parte delle Stazioni appaltanti per fattispecie di tipo comportamentale.

Il fatto che il Legislatore, nella prima parte dell'articolo in esame, abbia ripetuto il richiamo, già operato dalla Legge Merloni, alle ipotesi di controllo societario di cui all'art. 2359 cod. civ., consente di affermare che, a dette ipotesi, poteva essere applicata automaticamente la sanzione dell'esclusione attraverso una verifica ancorata a parametri oggettivi, non suscettibili di valutazioni discrezionali da parte della Stazione appaltante; era, al contrario, imposto il secondo divieto, sulla scorta di valutazioni puntuali e specifiche correlate al caso concreto ed implicanti un potere discrezionale scrutinabile secondo i criteri della ragionevolezza e della congruità.

L'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006, poneva quindi, il delicato problema del raggiungimento di un equilibrio tra due valori costituzionali: la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Costituzione) con la conseguente necessità di garantire tendenzialmente a tutti gli operatori il libero accesso al mercato, e l'imparzialità

dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione), che impone la necessaria trasparenza delle operazioni di gara.

Non è superfluo precisare che la nozione comunitaria di collegamento, corrisponde in sostanza a quella nazionale di controllo, tenuto conto che l'art. 63 della Direttiva 2004/18/CE, riproduce, anche se in materia di appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, la tradizionale definizione comunitaria di "impresa collegata" qualificata come quella soggetta alla influenza dominante di altra impresa; altri casi, sono largamente riconducibili a quelli di cui al primo comma dell'art. 2359 c.c. in cui l'influenza dominante si presume.

Se come detto quindi, la nozione comunitaria di collegamento corrisponde al concetto nazionale di controllo, tutte le altre situazioni di interferenza tra imprese restano fuori dalla considerazione del legislatore europeo. La ratio di tale scelta si deve attribuire alla volontà di garantire la massima apertura concorrenziale nell'accesso alle gare.

È noto, in materia, l'arresto della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza Sez. IV - 19 maggio 2009, causa C - 538/2007), che si è pronunciata sulla questione pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 234 Trattato UE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con decisione 14 novembre 2007, in ordine all'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, nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

La questione era così posta: "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 (poi 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".

La Corte ha affermato che questo elenco tassativo non esclude 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.

La Corte ha altresì 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 e che 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.

Una 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.

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.

In tale contesto, afferma sempre la Corte, "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".

Conclude la Corte di Giustizia nel senso che "il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguito 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".

Proprio tale sentenza è causa del sopra citato intervento del legislatore abrogativo della disposizione di cui all'articolo 34 ed al contestuale inserimento, nell'articolo 38, dei principi stabiliti in sede comunitaria.

Se è innegabile, come sostenuto dal ricorrente, che è caduta la presunzione assoluta di interferenza con il regolare andamento della gara in caso di collegamento societario, rimane fermo il principio secondo cui, in presenza di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte, occorre procedere all'esclusione dei concorrenti interessati.

Nel caso di specie, a dire il vero, l'arresto della Corte di giustizia non sembra applicabile, posto che la causa di esclusione non risiede nell'accertamento dell'esistenza di un unico centro decisionale nella formazione di due offerte, quanto piuttosto nel divieto di partecipazione plurima di un medesimo soggetto alla commessa pubblica.

I principi della Corte di Giustizia riguardano infatti l'ipotesi in cui due soggetti, formalmente e giuridicamente distinti, possano essere considerati, in virtù di univoci, concordanti e concreti indici rivelatori, come soggetto economicamente unitario.

Ed invero il collegamento è anzitutto un fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, finalizzato all'utilizzo del potenziale di ciascuna in una logica di gruppo; dunque, esso non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi poiché le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia. Ciò giustifica l'atteggiamento prudente accolto in sede comunitaria (ed ora trasfuso nel codice degli appalti), secondo cui il semplice collegamento può dar luogo all'esclusione da una gara d'appalto solo all'esito di puntuali verifiche compiute con riferimento al caso concreto da parte dell'amministrazione che deve accettare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate (Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 923).

Nel caso di specie manca una distinzione di soggettività giuridica fra i partecipanti alla gara, i quali, nel corso della stessa, si sono trasformati in un soggetto anche formalmente unico.

Pertanto non è questione di stabilire l'esistenza di un unico centro decisionale al momento di presentazione delle offerte, ma di rispettare il divieto di partecipazione plurima ad una gara ad evidenza pubblica; divieto che, beninteso, non può che applicarsi a tutta la durata di volgimento della procedura.

D'altra parte, come accennato in sede cautelare, la preclusione della partecipazione di due offerenti poi confluiti in un unico nuovo soggetto deriva dalla semplice constatazione che risulterebbe impossibile selezionare l'offerta da ritenere ancora valida, non potendosi ammettere la simultanea presenza di due offerte riconducibili al medesimo soggetto, né potendosi ipotizzare una facoltà di scelta (in capo alla stazione appaltante ovvero al concorrente stesso).

La presenza di due offerte, entrambe imputabili ad un unico sopravvenuto soggetto stride evidentemente con i principi di trasparenza e certezza delle offerte, minando il fondamentale principio della concorrenza fra le stesse offerte (Cons. St., sez V, 15 aprile 2004 n. 2150).

Si tratta di un principio così elementare che il legislatore non lo esplicita compiutamente, limitandosi ad introdurre il divieto per i concorrenti di partecipare alla gara in piu' di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti (articolo 37, comma 7, del codice appalti).

In questa prospettiva, non potendosi dubitare della compatibilità del divieto di duplice partecipazione sotto diversa forma con i principi di diritto comunitario, non può essere accolta l'istanza di rinvio pregiudiziale avanzata dalla ricorrente al fine di provocare la remissione degli atti alla Corte di Giustizia Costituzionale e la sospensione del giudizio.

In definitiva il ricorso deve essere respinto. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione prima, respinge il ricorso in epigrafe. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Fabio Donadono, Presidente FF

Francesco Guerracino, Primo Referendario

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO