

La Corte di giustizia UE, ribadendo l'inaccettabilità di qualsiasi automatismo in materia, riconosce la possibilità che due sindacati siano esclusi dalla partecipazione a un medesimo appalto pubblico di servizi assicurativi laddove risulti che le rispettive offerte non sono state formulate in maniera indipendente

[Corte giust. comm. ue, sez. VI, sentenza 8 febbraio 2018, n. C-144/17, Lloyd's of London](#)

Contratti pubblici – Gara – Esclusione – Partecipazione di più sindacati dei Lloyd's of London – Sottoscrizione delle offerte da parte del medesimo rappresentante – Principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione

I principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione derivanti dagli articoli 49 e 56 TFUE e previsti all'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro, come quella in esame nel procedimento principale, che non consente l'esclusione di due «syndicates» membri dei Lloyd's of London dalla partecipazione a un medesimo appalto pubblico di servizi assicurativi per il solo motivo che le loro rispettive offerte sono state entrambe sottoscritte dal rappresentante generale dei Lloyd's of London per tale Stato membro, ma che invece consente di escluderli se risulta, sulla base di elementi incontestabili, che le loro offerte non sono state formulate in maniera indipendente (1).

(1) I.- Con la pronuncia in epigrafe la Corte di giustizia ha risposto ai dubbi sollevati dal T.a.r. per la Calabria (cfr. ordinanza 9 marzo 2017, n. 385), in ordine alla compatibilità coi principi europei in tema di evidenza pubblica (trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità) dell'esclusione da un gara d'appalto di servizi di due offerte sottoscritte dal medesimo rappresentante generale dei Lloyd's di Londra, nonostante si trattasse di due consorzi (*syndacate*) distinti. La Corte ammette la compatibilità della prevista esclusione laddove, senza alcun inammissibile automatismo, risulti in base ad elementi di prova incontestabili, l'assenza di indipendenza nelle offerte.

II.- La *fattispecie* sottoposta alla Corte riguardava una controversia sorta nell'ambito di una procedura aperta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi assicurativi, in vista della copertura del rischio derivante dalla responsabilità civile di tale agenzia verso i terzi e gli operai per il periodo relativo agli anni dal 2016 al 2018. L'appalto doveva essere aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tale procedura partecipavano, tra gli altri concorrenti, due consorzi membri dei Lloyd's, ed entrambe le offerte risultavano sottoscritte dal procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia dei Lloyd's.

La stazione appaltante procedeva quindi all'esclusione delle due offerenti per violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera *m-quater*), del vecchio codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163/2006).

Nel rimettere la questione alla C.g.e. il T.a.r., adito con ricorso dalle imprese escluse, sottoponeva alcuni dubbi esegetici concernenti la conformità della normativa italiana in esame, quale interpretata dalla giurisprudenza nazionale, con il diritto dell'Unione ed i relativi principi in tema di evidenza pubblica.

III. - La *sentenza*, al fine di giungere alla soluzione di cui alla massima in epigrafe, parte dalla verifica della disciplina applicabile, individuata nella previgente direttiva 2004/18. In proposito la sentenza richiama la propria costante giurisprudenza secondo cui, in linea di principio, la direttiva applicabile è quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo definitivamente la questione se sussista o no un obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Nel merito la sentenza parte dall'interpretazione dell'articolo 45 della direttiva 2004/18 secondo cui la norma non esclude la facoltà, per gli 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 dell'Unione relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione che venga rispettato il principio di proporzionalità (sentenza del 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*; punto 21).

In tale ottica la norma italiana, come interpretata dalla giurisprudenza interna, viene reputata dalla Corte come diretta a tutelare la parità di trattamento dei candidati e la trasparenza della procedura.

Viene peraltro individuato il limite del principio di proporzionalità, nel senso che la normativa in esame non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. A fronte della *ratio* sottesa alle regole dell'evidenza pubblica di garantire la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto, la sentenza richiama il proprio consolidato orientamento per cui l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una situazione di controllo o di collegamento con altri offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza.

In termini applicativi, la Corte richiama i precedenti in cui ha già rilevato 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.

In definitiva, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'amministrazione aggiudicatrice, lungi dal poter disporre l'esclusione automatica, sia tenuta a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura.

Applicando i parametri alla fattispecie in oggetto, secondo la Corte il diritto dell'Unione osta a che i sindacati dei Lloyd's siano automaticamente esclusi dalla gara d'appalto di cui al procedimento principale per il solo motivo che le loro rispettive offerte sono state sottoscritte dal procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia dei Lloyd's. Spetta, tuttavia, al giudice del rinvio assicurarsi che le offerte in questione siano state presentate in maniera indipendente da ciascuno di tali sindacati.

IV. Per completezza si segnala quanto segue:

a) sulla nozione e disciplina dell'"unico centro di interesse" nel nuovo codice dei contratti (art. 80, comma 5, lett. m), v. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 887 ss.;

b) in tema di esclusione automatica da gare di appalto, Corte di giustizia UE, sez. I, 14 settembre 2017 n. 223, secondo cui *"ai sensi di quanto disposto dall'articolo 47, par. 2, e dall'art. 48, par. 3, direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, il diritto dell'Unione consente alla normativa nazionale di escludere che l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, possa sostituire un'impresa ausiliaria, in ragione della perdita da parte di quest'ultima delle qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, anche a pena di esclusione automatica del suddetto operatore"*; Corte di giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016 n. 162 e 2 giugno 2016, C-27/15, Pizzo, secondo cui *"la direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, osta all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito della sua inosservanza dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, in un'ipotesi in cui la sanzione dell'esclusione dalla procedura per il mancato rispetto di tale obbligo non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare le lacune presenti in tali*

documenti, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza (nel caso di specie, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato). D'altra parte, i principi della parità di trattamento e di proporzionalità non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”;

c) sulla nozione di collegamento rilevante ai fini della correttezza delle gare di appalto, Corte di giustizia UE, sez. X, 22 ottobre 2015 n. 425, secondo cui “l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza. Una siffatta esclusione automatica costituisce, infatti, una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento ed esclude la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte, in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto”;

d) sotto l'egida della vecchia normativa, Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2013, fasc. 2, 38, con nota di BOTTEON secondo cui “è legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che - pur avendone dichiarato l'assenza in sede di partecipazione e di sottoscrizione della specifica previsione del patto di integrità - si trovi in una situazione di collegamento sostanziale con altri concorrenti alla medesima gara, risultante da indici presuntivi gravi, precisi e concordanti, costituiti, in primis, dagli intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese in questione, quali evincibili dalla documentazione acquisita al giudizio”;

e) sugli intrecci societari e la presunzione di alterazione della gara, Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959 in *Guida al diritto* 2017, 2, 66, secondo cui “premesso che la prova di una concreta alterazione della selezione non deve essere fornita dalla stazione appaltante, ma può essere presunta sulla base degli intrecci familiari, societari o di interesse esistenti tra gli operatori, tali da fare ritenere che le loro offerte siano riconducibili a un unico centro decisionale ai sensi dell'art. 38, comma 2, penultimo periodo, d.lg. n. 163 del 2006; pertanto, una volta ricostruiti gli elementi indiziari gravi e precisi di collegamento sostanziale in un quadro complessivo tale da ritenere provata questa situazione, l'alterazione del risultato della gara è legittimamente presunta dalla stazione appaltante, tanto più quando la selezione delle offerte avviene sulla base del massimo ribasso e la determinazione della soglia di anomalia viene effettuata secondo il meccanismo del cosiddetto taglio delle ali di cui all'articolo 86, comma 1, d.lg. n. 163 del 2006, in cui l'incidenza delle offerte sulla graduatoria finale deriva dagli automatismi insiti nel criterio selettivo in questione, potendo invece essere in ipotesi escluso dal fatto che le due offerte economiche sono del tutto divergenti, atteso che la fattispecie di collegamento sostanziale cui alla lett. m quater) del comma 1 dell'art. 38 del codice è qualificabile come di “pericolo presunto”, in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le

procedure a evidenza pubblica, e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi. Pertanto, solo una prova certa e irrefutabile può escludere l'ipotesi prevista dalla citata lett. m-quater)"; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7894, secondo cui "è legittimo il provvedimento di esclusione dalla partecipazione alla gara d'appalto di lavori di imprese che, pur non integrando gli estremi civilistici del collegamento e del controllo societario, in ragione degli elementi emersi nel corso del procedimento di gara (indicazione nelle buste spedite dalle imprese della medesima sede amministrativa; stessa data, luogo e modalità di spedizione dei plichi; cauzione provvisoria rilasciata dalla medesima agenzia assicurativa in orari data e con numerazione progressiva; coincidenza del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica; altre circostanze basate sull'esame dei documenti allegati; rapporti di parentela tra gli amministratori unici di suddette società; intrecci azionari esistenti e facenti capo agli stessi soggetti), appaiono comunque riconducibili ad un medesimo centro decisionale, tale da ritenere plausibile una reciproca conoscenza o condizionamento delle offerte presentate, inficiando in tal modo i principi di regolarità e correttezza della gara stessa";

f) in tema di collegamento sostanziale, Cons. Stato sez. V, 15 maggio 2013 n. 2633, secondo cui *"il cd. «collegamento sostanziale» fra imprese partecipanti a gare pubbliche incide negativamente sul rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, non avendo le imprese partecipanti ad una gara presentato offerte serie, indipendenti e segrete, e giustifica quindi la loro esclusione dalla procedura comparativa"; T.a.r. per il Lazio, sezione III bis, 30 aprile 2008, n. 3594 in Foro it., 2008, III, 592, con nota di richiami, secondo cui "l'appartenenza di due imprese partecipanti alla gara al medesimo gruppo societario non è di per sé espressiva del collegamento sostanziale delle imprese e della soggezione di queste all'altrui attività di direzione e di coordinamento, essendo necessaria la dimostrazione degli indici rivelatori (connotati dal carattere della gravità, precisione e concordanza) che, considerati nel loro complesso e con riferimento alla specifica situazione concreta, facciano ragionevolmente ritenere che si sia potuto verificare l'alterazione della par condicio dei concorrenti".*