

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

23 dicembre 2009 (*)

«Appalti pubblici di lavori – Direttiva 2004/18/CE – Artt. 43 CE e 49 CE – Principio della parità di trattamento – Consorzi d'impresa – Divieto di partecipazione allo stesso appalto, in modo concorrente, di un "consorzio stabile" e di una società facente parte dello stesso»

Nel procedimento C-376/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con decisione 2 aprile 2008, pervenuta in cancelleria il 18 agosto 2008, nella causa

Serrantoni Srl,

Consorzio stabile edili Scrl

contro

Comune di Milano,

con l'intervento di:

Bora Srl Costruzioni edili,

Unione consorzi stabili Italia (UCSI),

Associazione nazionale imprese edili (ANIEM),

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente della Terza Sezione, facente funzione di presidente della Quarta Sezione, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász (relatore), G. Arestis e T. von Danwitz, giudici,

avvocato generale: sig.ra J. Kokott

cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. C. Zadra e dalla sig.ra D. Recchia, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 4 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), degli artt. 39 CE, 43 CE, 49 CE e 81 CE, nonché dei principi generali della parità di trattamento e di proporzionalità.

- 2 Detta domanda è stata presentata nell'ambito di una lite che oppone la società edile Serrantoni Srl (in prosieguo: la «Serrantoni») al Comune di Milano, in merito alla decisione di quest'ultimo di escludere la Serrantoni dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

- 3 Il secondo 'considerando' della direttiva 2004/18 enuncia:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato [CE] ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del Trattato».

- 4 Ai sensi dell'art. 2 di detta direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

- 5 L'art. 4 di detta direttiva, sotto il titolo «Operatori economici», dispone quanto segue:

«1. I candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

(...)

2. I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto».

- 6 Conformemente all'art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva 2004/18, nella sua versione in vigore all'epoca dei fatti della causa principale a seguito dell'adattamento apportato dal regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333, pag. 28), la direttiva 2004/18 si applicava agli appalti pubblici di lavori il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto era pari o superiore a EUR 5 278 000.

- 7 L'art. 45 di detta direttiva, intitolato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», prevede al suo n. 2:

«Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

- a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali;
- b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali;

- c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale;
- d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;
- e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;
- f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;
- g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni.

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».

La normativa nazionale

- 8 Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che istituisce il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»), disciplina in Italia complessivamente le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici nei settori dei lavori, servizi pubblici e forniture. L'art. 34 di detto decreto legislativo, come modificato dal decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, intitolato «Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici», dispone al primo comma:

«1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

(...)

- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (...) e i consorzi tra imprese artigiane (...);
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili (...), tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'art. 36;

(...)

- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...).

f bis) operatori economici (...) stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi paesi».

- 9 Ai sensi dell'art. 36, primo comma, del decreto legislativo n. 163/2006:

«Si intendono per consorzi stabili quelli (...) che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura d'impresa».

- 10 L'art. 36, quinto comma, del decreto legislativo n. 163/2006, nella sua versione vigente alla data dei fatti nella causa principale, così dispone:

«(...) è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile a dei consorziati; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale (...)».

- 11 L'art. 37, settimo comma, del detto decreto legislativo, nella versione vigente alla data dei fatti nella causa principale, prevedeva:
- «(...) I consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio che il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale (...)».
- 12 Ai sensi dell'art. 353 del codice penale, l'inosservanza del divieto di cui sopra è passibile di una pena detentiva fino a due anni e, in talune circostanze, fino a cinque, nonché di una multa.

Causa principale e questioni pregiudiziali

- 13 Il Comune di Milano organizzava nel 2007 una gara d'appalto ai fini dell'assegnazione di un appalto di lavori avente ad oggetto «interventi di emergenza e razionalizzazione nelle delegazioni anagrafiche, V lotto». Il 27 settembre 2007 il Comune di Milano decideva di escludere dalla procedura di assegnazione dell'appalto la Serrantoni, membro del Consorzio stabile edili Scrl, nonché detto Consorzio, per violazione dell'art. 36, quinto comma, del decreto legislativo n. 163/2006. Il Comune di Milano disponeva inoltre, in base a detta disposizione, la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica per l'applicazione dell'art. 353 del codice penale e assegnava l'appalto ad un'altra impresa.
- 14 La Serrantoni e il Consorzio stabile cui essa appartiene hanno proposto un ricorso contro detta decisione dell'amministrazione aggiudicatrice dinanzi al giudice del rinvio, facendo valere che l'art. 36, quinto comma, del decreto legislativo n. 163/2006 è incompatibile con l'art. 4 della direttiva 2004/18, con gli artt. 39 CE, 43 CE, 49 CE e 81 CE, nonché con il principio di non discriminazione.
- 15 Il giudice del rinvio sottolinea, anzitutto, che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale opera una distinzione tra i consorzi stabili, da una parte, e i consorzi di cooperative di produzione e lavoro, nonché i consorzi tra imprese artigiane, dall'altra. Per quanto concerne i primi, è previsto un divieto assoluto, per il consorzio e per le società che ne fanno parte, di partecipare contemporaneamente allo stesso appalto mediante offerte separate, pena l'esclusione automatica di questi e di sanzioni penali. Per quanto riguarda i secondi, tale divieto si applica unicamente al consorzio e alla società nell'interesse della quale tale consorzio ha presentato un'offerta per l'appalto considerato. Detto organo giurisdizionale osserva che, nella causa principale, il Consorzio stabile di cui si tratta non ha partecipato alla gara nell'interesse della Serrantoni.
- 16 Il giudice del rinvio rileva, inoltre, che i vari tipi dei summenzionati consorzi non presentano tra loro differenze di finalità e di organizzazione tali da giustificare siffatta disparità di trattamento. Tutti questi tipi di consorzi sono caratterizzati dall'esistenza di una struttura comune, al fine di instaurare una cooperazione tra le imprese consorziate, destinata a ridurre i costi di gestione, all'ottimizzazione dei risultati economici di ciascuna e a incrementare la competitività in materia di appalti pubblici. Essa si chiede quindi se tale disparità di trattamento sia compatibile con il principio di non discriminazione e con l'esigenza comunitaria di garantire la più ampia partecipazione possibile alle procedure di appalti pubblici.
- 17 Il giudice del rinvio si chiede inoltre se tale disparità di trattamento sia compatibile con l'art. 4 della direttiva 2004/18, in quanto l'esclusione di cui trattasi dipende unicamente dalla forma giuridica dell'ente considerato come consorzio stabile, nonché con gli artt. 39 CE, 43 CE, 49 CE e 81 CE. Tale discriminazione assumerebbe inoltre particolare importanza posto che l'istituto consortile è stato ampiamente contemplato dagli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri, e trova una sintesi a livello comunitario nei gruppi europei di interesse economico (GEIE).
- 18 Infine, il giudice del rinvio rileva che il divieto assoluto di cui trattasi si basa esclusivamente su un dato formale, vale a dire la partecipazione di un'impresa a un certo tipo di consorzio. Infatti, la normativa controversa non richiederebbe affatto una valutazione concreta della reciproca influenza esercitata dal consorzio e dall'impresa consorziate, ma stabilirebbe al contrario una presunzione astratta d'interferenza reciproca. Così, rileva l'organo giurisdizionale, detto divieto assoluto si applica anche quando il consorzio non partecipa all'appalto nell'interesse dell'impresa considerata, non ricorre a questa nell'esecuzione dell'appalto e non si è quindi concordato con la stessa sulla presentazione dell'offerta. Esso si chiede quindi se tale divieto assoluto possa essere giustificato da un motivo imperativo di interesse pubblico attinente alla salvaguardia della regolarità delle

procedure di appalti pubblici e se lo stesso non ecceda ampiamente il suo scopo.

19 Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se ostino alla corretta applicazione dell'art. 4 della direttiva (...) 2004/18 le disposizioni nazionali dell'art. 36, comma 5, del [decreto legislativo] n. 163/2006 (...), che prevedono:

- in presenza di una consorziata partecipante, l'esclusione automatica dalle gare di appalto di un soggetto associato, per il solo fatto che rivesta una data forma giuridica (quella di consorzio stabile) invece di altre forme giuridiche sostanzialmente identiche (consorzio di cooperative e lavoro o consorzio di imprese artigiane);
- e nel contempo, in presenza di un consorzio stabile partecipante, che pure abbia dichiarato di concorrere per conto di imprese diverse e che affiderà i lavori ad imprese diverse in caso di aggiudicazione, l'esclusione automatica di un'impresa per il solo fatto formale di aver aderito a tale consorzio;

2) se ostino alla corretta applicazione degli artt. 39 [CE], 43 [CE], 49 [CE] e 81 [CE] (...) le disposizioni nazionali dell'art. 36, comma 5, del [decreto legislativo] n. [163/2006] (...), che prevedono:

- in presenza di una consorziata partecipante, l'esclusione automatica dalle gare di appalto di un soggetto associato, per il solo fatto che rivesta una data forma giuridica (quella di consorzio stabile) invece di altre forme giuridiche sostanzialmente identiche (consorzio di cooperative e lavoro o consorzio di imprese artigiane).
- e nel contempo, in presenza di un consorzio stabile partecipante, che pure abbia dichiarato di concorrere per conto di imprese diverse e che affiderà i lavori ad imprese diverse in caso di aggiudicazione, l'esclusione automatica di un'impresa per il solo fatto formale di aver aderito a tale consorzio».

Sulle questioni pregiudiziali

20 Si deve sottolineare, in limine, che, come risulta dal fascicolo presentato alla Corte, il valore del mercato oggetto della procedura di assegnazione controversa nella causa principale è nettamente inferiore alla soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva 2004/18. Di conseguenza, tale appalto non rientra nella sfera di applicazione delle procedure previste da detta direttiva.

21 Tuttavia, va rilevato che il fatto che il valore di un appalto non raggiunga la soglia prevista dalle norme comunitarie non significa per questo che tale appalto esuli completamente dall'applicazione del diritto comunitario.

22 Risulta infatti dalla costante giurisprudenza della Corte che, in sede dell'aggiudicazione dell'appalto il cui valore non raggiunge detta soglia, le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio della parità di trattamento devono essere rispettati. L'elemento distintivo rispetto agli appalti il cui valore superi la soglia stabilita dalle disposizioni della direttiva 2004/18 è che soltanto questi ultimi sono soggetti alle procedure specifiche e rigorose previste da tali disposizioni (v., in tal senso, sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, Racc. pag. I-3565, punti 19 e 20).

23 Tale interpretazione è confermata dal secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, a tenore del quale l'aggiudicazione di tutti gli appalti stipulati negli Stati membri per conto di enti aventi la qualifica di amministrazione aggiudicatrice deve rispettare le norme di base del Trattato, in particolare quelle concernenti la libera circolazione dei prodotti e dei servizi, nonché il diritto di stabilimento e i principi fondamentali che ne derivano, in particolare quelli della parità di trattamento, di funzionalità e di trasparenza.

24 Tuttavia, in conformità alla giurisprudenza della Corte, 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 (sentenza SECAP e Santorso, cit., punto 21 e

giurisprudenza ivi citata).

- 25 A tale riguardo, la Corte ha già sottolineato che compete al giudice del rinvio procedere ad una valutazione circostanziata di tutti gli elementi pertinenti relativi all'appalto di cui trattasi, al fine di verificare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo (sentenza SECAP e Santorso, cit., punto 34). Nella specie, le soluzioni delle questioni sollevate muovono dalla premessa, che tocca tuttavia al giudice del rinvio verificare, che l'appalto di cui trattasi nella causa principale comporti un interesse transfrontaliero certo.

Sulla prima questione

- 26 Con tale questione, il giudice del rinvio chiede se l'art. 4 della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede l'esclusione automatica dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e l'irrogazione di sanzioni penali nei confronti tanto di un consorzio stabile quanto delle imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quelle di detto consorzio nell'ambito della procedura di cui trattasi, quand'anche l'offerta del detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.
- 27 A tal riguardo, come si è ricordato al punto 20 della presente sentenza, l'appalto di cui trattasi nella causa principale non rientra nella sfera di applicazione delle procedure previste da detta direttiva, poiché il suo valore è inferiore alla soglia prevista dall'art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva 2004/18.

- 28 Di conseguenza, non occorre rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio.

Sulla seconda questione

- 29 Con tale questione, considerata alla luce della domanda di pronuncia pregiudiziale intesa complessivamente, il giudice del rinvio chiede se i principi generali della parità di trattamento e di proporzionalità derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE nonché dagli artt. 39 CE e 81 CE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, che dispone l'esclusione automatica dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e l'irrogazione di sanzioni penali nei confronti tanto di un consorzio stabile quanto delle imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito della stessa procedura, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.
- 30 Per quanto attiene agli articoli del Trattato cui fa riferimento il giudice del rinvio, va constatato, anzitutto, che la situazione di esclusione di cui trattasi nella causa principale non può presentare una relazione con la libera circolazione dei lavoratori, e neanche con gli accordi fra imprese e le decisioni di associazioni di imprese, ai sensi degli artt. 39 CE e 81 CE. Una pronuncia della Corte riguardo a tali articoli non è dunque necessaria.
- 31 Quanto ai principi della parità di trattamento e di trasparenza, va riconosciuta agli Stati membri una certa discrezionalità nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto di tali principi, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki, non ancora pubblica nella Raccolta, punto 44).
- 32 Infatti, ogni Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti idonei a provocare violazioni del rispetto di tali principi (v. sentenza Michaniki, cit., punto 56).
- 33 Tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 14 dicembre 2004, causa C-210/03, Swedish Match, Racc. pag. I-11893, punto 47), le misure adottate dagli Stati membri non devono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo (v., in tal senso, sentenze Michaniki, cit., punto 48 e 61, nonché 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 21 e 23).
- 34 In primo luogo, per quanto attiene ai principi della parità di trattamento e di proporzionalità, va

rilevato che la normativa di cui trattasi nella causa principale dispone l'esclusione automatica dalla partecipazione a un appalto pubblico in caso di offerte contemporanee e concorrenti presentate da un consorzio stabile e da una o più imprese che ne fanno parte.

- 35 A questo proposito, occorre sottolineare che l'esclusione automatica di cui trattasi nella causa principale si applica 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. Per quanto concerne questi tipi di consorzi, l'esclusione si applica, in forza dell'art. 37, settimo comma, del decreto legislativo n. 163/2006, unicamente in caso di offerte concorrenti presentate dal consorzio di cui trattasi e da quelle delle imprese che lo compongono per conto delle quali lo stesso consorzio ha presentato un'offerta.
- 36 Il giudice del rinvio rileva, al riguardo, che tutte tali forme di consorzi sono sostanzialmente identiche e non presentano tra di esse differenze di scopo e di organizzazione che possano giustificare una disparità di trattamento.
- 37 Occorre pertanto constatare che la misura di esclusione automatica di cui trattasi nella causa principale, che concerne unicamente la forma di consorzio stabile e le imprese che ne sono membri ed è applicabile in caso di offerte concorrenti, indipendentemente della questione se il consorzio considerato partecipi o meno all'appalto pubblico di cui trattasi per conto e nell'interesse delle imprese che hanno presentato un'offerta, costituisce un trattamento discriminatorio a danno di tale forma di consorzio e, pertanto, non è conforme al principio di parità.
- 38 È importante aggiungere che, anche ammesso che la disciplina di cui trattasi sia indistintamente applicabile a tutte le forme di consorzi, o che il giudice nazionale constati l'esistenza di elementi oggettivi atti a distinguere la situazione dei consorzi stabili da quella delle altre forme di consorzi, una norma di esclusione automatica quale quella di cui trattasi nella causa principale non sarebbe, in ogni caso, compatibile con il principio di proporzionalità.
- 39 Una norma del genere comporta, infatti, 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, di conseguenza, non vi è un rischio d'influenza sulla concorrenza fra gli offerenti [v., in tal senso, quanto agli appalti pubblici rientranti rispettivamente nella sfera di applicazione delle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), e 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), citate sentenze Michaniki, punto 67, e Assitur, punto 30].
- 40 Siffatta norma di esclusione sistematica, che comporta anche, per le amministrazioni aggiudicatrici, un obbligo assoluto di esclusione degli enti interessati, 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, è in contrasto con l'interesse comunitario a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo consistente nel garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (v., in tal senso, quanto agli appalti pubblici rientranti nella sfera di applicazione della direttiva 92/50, sentenza Assitur, cit., punti 26-29).
- 41 In secondo luogo, va rilevato che, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE ostano a ogni misura nazionale che, anche applicabile senza discriminazione relativa alla nazionalità, sia in grado di vietare, di ostacolare o di rendere meno attraente l'esercizio, da parte di cittadini comunitari, della libertà di stabilimento e della prestazione dei servizi garantita da dette disposizioni del Trattato (v., in tal senso, sentenze 14 ottobre 2004, causa C-299/02, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-9761, punto 15, e 9 novembre 2006, causa C-433/04, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-10653, punto 28).
- 42 Orbene, come osserva pertinentemente la Commissione delle Comunità europee, una norma nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede una misura di esclusione automatica a danno dei consorzi stabili e delle imprese che ne sono membri, 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.

- 43 Una misura nazionale del genere che possa avere un effetto dissuasivo sugli operatori economici stabiliti in altri Stati membri costituisce una restrizione ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (v., in tal senso, sentenza Commissione/Belgio, cit., punto 29), tanto più che tale effetto dissuasivo è accentuato dal rischio presentato dalle sanzioni penali previste dalla normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale.
- 44 Tuttavia, una restrizione come quella di cui trattasi nella causa principale può eventualmente essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché sia atta a garantire il conseguimento di questo e non ecceda quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo.
- 45 Orbene, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la restrizione in esame, nonostante il suo legittimo obiettivo di lotta contro le collusioni potenziali tra il consorzio in questione e le imprese che lo compongono, non può essere giustificata poiché, come risulta dai punti 38-40 della presente sentenza, essa va oltre quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.
- 46 Occorre pertanto risolvere la seconda questione come segue: il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva 2004/18, 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.

Sulle spese

- 47 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

Il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c), 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, 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.

Firme