CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO LA PERGOLA
presentate il 23 ottobre 1997 *

I — Introduzione

1. Con la presente domanda pregiudiziale il Raad van State del Belgio chiede alla Corte di precisare la portata di una sua precedente pronuncia [1] con cui essa ha interpretato le direttive 71/304/CEE [2] e 71/305/CEE [3] dichiarando che le società holding possono essere iscritte negli elenchi degli imprenditori per partecipare alle gare di appalti, allorché tali società dimostrino di aver effettivamente a disposizione i mezzi necessari per l'esecuzione degli appalti. Il punto controverso nella presente causa è se esista oppur no un obbligo a carico degli Stati membri che imponga loro di tener conto della posizione di controllo che una società holding detiene sulle società del gruppo.

II — I fatti della causa

2. Le circostanze che hanno dato luogo alla questione pregiudiziale di cui è ora investita la Corte sono le stesse della causa C-389/92, sfociata nella citata sentenza del 14 aprile 1994, il cui dispositivo è oggetto della presente richiesta d'interpretazione.

3. In quella causa, ai cui atti si rimanda per una più completa ricostruzione degli elementi di fatto e di diritto della presente controversia, la Corte decise che «la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/304/CEE, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tener conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale».

* Lingua originale: l'italiano.

1 — Sentenza del 14 aprile 1994, causa C-389/92, Ballast Nedam Groep N. V. (Racc. pag. I-1289).

2 — Direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali (GU L 185 del 16 agosto 1971, pag. 1).

3 — Direttiva del Consiglio del 26 luglio 1971 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185 del 16 agosto 1971, pag. 5).

4. Il giudice di rinvio si chiede ora, anche alla luce delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Gulmann nella causa precitata [4], quale sia l'esatto valore da riferire alla locuzione «consentono», utilizzata nel dispositivo della sentenza prima riportata, e se quest'ultima espressione lasci un margine di discrezionalità agli Stati membri per la concessione dell'abilitazione in questione.

Al fine di risolvere la lite ad esso deferita il Raad van State del Belgio ha quindi sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«Se la parola "consentono" nell'espressione "consentono di tener conto" contenuta nel dispositivo della sentenza 14 aprile 1994, nella causa C-389/92, debba intendersi nel senso di "impongono"».

Qualora la parola "consentono" nella predetta espressione non vada intesa nel senso di "impongono", se ciò implichi che lo Stato membro interessato dispone a questo riguardo di un potere discrezionale, anche se è soddisfatta la condizione posta dalla Corte. In quali casi e per quali motivi si deve allora tener conto di società controllate dalla persona giuridica dominante di un gruppo».

III — Esame della controversia

5. La questione posta all'esame della Corte va risolta inquadrando il termine controverso «consentono» nel contesto della pronuncia prima riferita. È pacifico che la Corte abbia utilizzato tale espressione rifacendosi allo spirito delle direttive 71/304/CEE e 71/305/CEE, con le quali la Comunità ha inteso liberalizzare il settore degli appalti pubblici di lavori e consentire alle imprese europee di partecipare alle gare bandite negli Stati membri, rimuovendo così gli ostacoli che si frappongono alla effettiva realizzazione di un mercato aperto per quel che riguarda la prestazione dei servizi in questione [5]. La Corte ha infatti inteso garantire la possibilità che le imprese di altri Stati membri partecipino, su un piano di parità con le imprese dello Stato membro in questione, alle gare regolate dalla direttiva 71/305/CEE.

È evidente, al riguardo, che la possibilità per uno Stato membro di esercitare un potere discrezionale in merito all'abilitazione in

4 — Conclusioni del 24 febbraio 1994, Racc. pag. I-1291.

5 — V. il settimo capoverso del preambolo della direttiva 71/305/CEE ed il nono capoverso del preambolo della direttiva 71/305/CEE.

questione, la quale può costituire un presupposto per la partecipazione alle gare, priverebbe di ogni valore la regola fissata all'art. 28, comma 4, della direttiva 71/305/CEE, secondo cui: «per l'iscrizione degli imprenditori degli altri Stati membri su tale lista non possono essere richieste altre prove o dichiarazioni oltre quelle richieste agli imprenditori nazionali né, in ogni caso, prove o dichiarazioni diverse da quelle previste dagli articoli da 23 a 26».

6. Va inoltre ricordato che la Corte nella precedente sentenza ha utilizzato l'espressione «consentono» che è precisamente lo stesso termine che il giudice di rinvio aveva adoperato per la formulazione del quesito pregiudiziale posto in quell'occasione. Tale espressione va quindi letta in tale luce e si spiega tenendo in conto la condizione posta dalla Corte con la quale si richiede per l'appunto che «la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società [le società partecipate] necessari per l'esecuzione degli appalti».

7. Risulta, dunque, da quanto precede che lo Stato membro non dispone di alcuna discrezionalità quanto alla decisione di abilitare le holdings, allorché le condizioni previste dalla Corte risultino soddisfatte. D'altra parte però spetta allo Stato membro accertare che tali condizioni siano effettivamente adempiute dalle società holding. A tal fine occorre altresì, a mio giudizio, che lo Stato membro stabilisca idonei criteri, che permettano di determinare le modalità con cui un gruppo societario possa ritenersi fornire garanzie adeguate per assicurare il rispetto degli impegni presi con l'eventuale aggiudicazione di un appalto.

8. Non nascondo che nella materia *de qua* sarebbe senz'altro auspicabile l'intervento del legislatore comunitario per armonizzare e coordinare le differenti disposizioni in campo societario che regolano la responsabilità del gruppo e, individualmente, delle sue società partecipate rispetto agli impegni assunti dalla capogruppo in conseguenza dell'aggiudicazione dell'appalto. Esistono infatti delicati problemi che derivano dall'equiparazione di un gruppo preso nel suo insieme alla figura del singolo imprenditore. Si tratta di questioni di ampio respiro che, come prima detto, meriterebbero una ben più attenta riflessione in sede di produzione normativa. Lo stesso avvocato generale Gulmann nelle sue conclusioni [6] relative alla causa C-389/92 vi aveva fatto riferimento ed aveva per l'appunto messo in guardia la Corte dal fornire una risposta generale ed astratta, preferendo, per parte sua, di risolvere puntualmente il caso nella specie sottoposto all'esame della Corte.

9. Problemi come quelli nascenti da situazioni di conflitto di interessi tra società capogruppo e società partecipate ovvero quelli relativi alla inadeguatezza dell'oggetto sociale delle società che dovrebbero in definitiva realizzare le opere appaltate potrebbero infatti causare gravi inconvenienti alla stazione appaltante se non individuati e risolti tempestivamente. È bene inoltre far presente

6 — Conclusioni citate sub nota 4.

al riguardo che la giurisprudenza delle corti nazionali in materia di conflitto d'interessi intragruppo o di nullità di un atto per contrarietà all'oggetto sociale deriva in genere da situazioni in cui il creditore della società partecipata od il socio di minoranza cerca di avvalersi della patologia del negozio impugnato per impedire che parte del patrimonio della società partecipata possa sfuggirgli e confluire in quello della società holding o, ancora, per far valere la responsabilità patrimoniale della società controllante. La giurisprudenza delle corti nazionali ha tentato di rispondere a tali problemi trovando di volta in volta rimedi che, anche se certamente perfettibili, consentono di far fronte in larga misura alla duplice esigenza di assicurare un corretto e sano sviluppo delle transazioni commerciali e di garantire il limpido svolgimento dei rapporti tra creditori, soci e società [7].

10. Nel caso ora prospettato alla Corte la situazione è invece sostanzialmente invertita: il creditore in questione è la stazione appaltante e la sua controparte contrattuale è la stessa società holding che esegue l'appalto tramite le sue società. I legami che intercorrono tra holding e società partecipate possono essere i più diversi per consistenza della partecipazione e per la natura stessa del vincolo giuridico che li lega. L'influenza del diritto societario nazionale può inoltre giocare un ruolo determinante nel disegnare l'immagine e la struttura del gruppo. In questa situazione l'ente appaltante potrebbe ritrovarsi in definitiva penalizzato dalla circostanza di non poter validamente ed efficacemente esigere in taluni casi dalla società holding, e, quel che più conta, nei confronti delle singole società del gruppo, il rispetto degli impegni assunti dalla holding con l'aggiudicazione dell'appalto [8]. Occorre in altri termini che ricorrano gli estremi perché la prospettata obbligazione di adempimento venga effettivamente a gravare, appunto come obbligo giuridicamente vincolante, sulle società del gruppo [9]. Va da sé che il quadro in cui si inserisce questa problematica si complica notevolmente se si riflette alle conseguenze che derivano dall'intersecarsi, anche all'interno di uno stesso gruppo, delle legislazioni societarie dei differenti Stati membri e dall'inevitabile ricorso a norme di diritto internazionale privato, talvolta insufficienti a ricomporre il dedalo giuridico in cui si trova l'interprete e soprattutto a garantire una piena equivalenza tra norme di Stati

7 — V. al riguardo *ex multis*, per un approccio comparativo, F. Wooldridge, *Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws*, in *European Company Laws-A comparative Approach*, Aldershot, 1991, pag. 103; A. Cerrai, A. Mazzoni, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, pag. 339; K. J. Hopt, *Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies, ibidem*, pag. 715; C. K. Grierson, *Shareholders liability, Consolidation and Pooling*, in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, London, 1994, pag. 205.

8 — La situazione che si presenterebbe è infatti per alcuni versi analoga a quella dell'impresa che subappalta a terzi parte dell'appalto. Al riguardo la direttiva 89/440/CEE del Consiglio, del 18 luglio 1989, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 210 del 21 luglio 1989, pag. 1), seppure non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, ha introdotto l'art. 20 ter, il quale prevede che «nel capitolato d'oneri l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere all'offerente di comunicarle, nella sua offerta, la parte dell'appalto che intende eventualmente affidare a terzi. Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell'imprenditore principale».

9 — V. al riguardo le osservazioni di G. Rossi in margine alla sentenza del 14 aprile 1994 in Giurisprudenza italiana, parte I, sezione I, col. 545, 1995.

con diverse tradizioni e concezioni nel campo del diritto [10].

11. Il principio di diritto stabilito dalla Corte nella citata sentenza impone, dunque, a mio parere, agli Stati membri, oltre al rispetto del principio di non discriminazione, rappresentato nel nostro caso dal divieto di esercitare alcuna discrezionalità nel concedere l'abilitazione in questione, altresì l'onere di far prova di particolare diligenza nel fissare ed applicare regole oggettive e trasparenti che garantiscano, in base al quadro giuridico vigente nello stesso Stato membro, l'effettivo rispetto della condizione indicata dalla Corte, quella cioè della piena disponibilità dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto. In difetto di tale prova verrebbe infatti falsato, il corretto gioco della concorrenza permettendo a gruppi societari non adeguatamente attrezzati, sia sotto un profilo giuridico sia sotto quello tecnico-economico, di partecipare a parità di condizioni alle gare accanto a candidati invece sostanzialmente idonei.

IV — Conclusioni

12. Alla luce di quanto precede propongo di rispondere nel seguente modo al quesito pregiudiziale posto dal Raad van State del Belgio:

«Il termine "consentono" di cui al dispositivo della sentenza del 14 aprile 1994 resa nella causa C-389/92 deve intendersi come "impongono".

10 — L'esigenza che un gruppo di imprese che partecipa ad una gara rivesta una specifica forma giuridica è ammessa dall'art. 21 della direttiva 71/305/CEE, secondo cui «i raggruppamenti d'impreditori sono autorizzati a presentare un'offerta. La trasformazione di tali raggruppamenti in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta, ma il raggruppamento prescelto può essere obbligato a effettuare tale trasformazione qualora l'appalto gli venga aggiudicato». Naturalmente, nel caso di una holding questa regola può dar luogo a differenti interpretazioni a seconda che si consideri il gruppo nel suo insieme come una sola entità, nel qual caso l'art. 21 non troverebbe applicazione, ovvero che la norma in questione venga riferita alla candidatura della holding, pretendendo quindi eventualmente che la compagine societaria in cui si articola il gruppo assuma una ben definita veste giuridica.

Spetta, peraltro, alle autorità nazionali assicurare il rispetto della condizione cui è subordinato tale obbligo di equiparazione e, in particolare, accertare che la piena disponibilità dei mezzi di esecuzione dell'appalto sia verificata mediante il ricorso a criteri non discriminatori e atti a garantire efficacemente anche i diritti e le legittime aspettative delle entità aggiudicatrici».