

REPUBBLICA ITALIANA

N.3188/01 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 11955 REG.RIC

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2000

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11955/2000 proposto dalla
Idealfood S.a.s., in persona del legale rappresentante pro-
tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Provera,
Giuseppe Sartorio e Luca Di Raimondo, ed elettivamente
domiciliato in Roma, Via della Consulta n. 50 presso l'ultimo;

CONTRO

il comune di Brusciano, non costituito;

E NEI CONFRONTI DI

la Scardi Organizzazione S.a.s., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale
della Campania, sede di Napoli, Sezione Prima, n. 4093/2000;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Esaminate le memorie prodotte dalla parte a sostegno
delle proprie difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 27 marzo 2001, il

Consigliere Marco Lipari;

Udito l'avv. Giuseppe Sartorio;

Visto il dispositivo della decisione n. 146 del 31.3.2001;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1 La sentenza impugnata ha respinto il ricorso, proposto dall'attuale appellante, per l'annullamento della determinazione del responsabile del servizio del comune di Brusciano n. 160/1999, recante l'aggiudicazione all'ATI Scardi s.a.s. - MAIRA s.r.l. del servizio di mensa scolastica per il periodo 1999/2004.

2 L'appellante ripropone le censure disattese dal tribunale.

3 Gli appellati non si sono costituiti in giudizio.

DIRITTO

1 L'appellante, ricorrente in primo grado, ha partecipato al pubblico incanto bandito dal comune di Brusciano, per l'aggiudicazione del servizio di mensa scolastica (comprensivo della fornitura delle attrezzature di cucina e della messa in sicurezza dei locali per lo svolgimento dell'attività di ristorazione), relativo agli anni scolastici dal 1999-2000 al 2003-2004, presso la scuola media "Eduardo De Filippo", per un importo presuntivo annuo pari a lire 554.125.00, oltre IVA,

classificandosi al secondo posto della graduatoria.

In tale veste, l'interessata contesta l'aggiudicazione all'associazione temporanea di impresa fra le società Scardi s.a.s. e Maira s.r.l., criticando la pronuncia di rigetto del tribunale.

2 Con un primo motivo, l'appellante sostiene che l'ATI aggiudicataria non poteva essere ammessa alla gara, per carenza del requisito di idoneità tecnica, prescritto dal bando, costituito dalla certificazione di qualità ISO 9002.

Al riguardo, l'interessata sostiene che, secondo i principi generali in materia di idoneità tecnica per l'ammissione alle gare, non contraddetti dalle puntuali regole del bando, il requisito in esame deve essere posseduto da tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, mentre non è sufficiente il possesso da parte della sola società Maira, impresa mandante, come affermato dal tribunale.

Secondo la pronuncia impugnata, invece, occorre considerare la "linea di tendenza di forte favore per le associazioni che va facendosi strada nello stesso ambito comunitario". Tale indirizzo è espresso dalla decisione della Corte di giustizia delle comunità europee 2 dicembre 1999 in causa C-176-98.

A dire della sentenza di primo grado, la stessa conclusione dovrebbe essere ricavata dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 358/1992, richiamato dall'articolo 11 del decreto legislativo n.

157/1995: “la previsione della necessaria specificazione, a pena di esclusione, nell’offerta congiunta, delle parti della fornitura (o del servizio) che saranno eseguite dalle singole imprese può far desumere la necessità del possesso, da parte di ciascuna impresa, dei soli requisiti idoneativi oggettivi corrispondenti e commisurati alla porzione del servizio o della fornitura che essa impresa associata si è impegnata, in sede di offerta congiunta, a eseguire direttamente”.

3 La tesi sostenuta dal tribunale non può essere condivisa.

In linea generale, l’ordinamento comunitario ed il diritto interno manifestano uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti, costituiti per ottenere l’affidamento di contratti e di servizi pubblici. Tali aggregazioni svolgono, sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l’ingresso sul mercato di imprese di minore dimensione, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici, fisiologicamente selezionate attraverso il confronto negoziale tra i prezzi offerti.

Per realizzare adeguatamente gli scopi perseguiti, la normativa impone di assoggettare le ATI ad un trattamento tendenzialmente uguale a quello previsto, in generale, per gli

altri soggetti ammessi alle gara, definendo omogenei requisiti soggettivi di partecipazione.

In questa prospettiva, la disciplina di rango comunitario e nazionale si articola in un complesso di regole che realizza un ragionevole punto di equilibrio fra due diverse esigenze, potenzialmente contrapposte:

- a) la scelta del modulo associativo non deve comportare un trattamento indiscriminatamente *deteriore* rispetto a quello previsto, in generale, per tutti i concorrenti singoli;
- b) lo schema dell'ATI non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole dirette ad imporre alle imprese particolari *requisiti minimi* necessari per partecipare alla gara d'appalto.

4 Questo duplice criterio consente di impostare correttamente il problema in esame, distinguendo i requisiti che:

- I) devono necessariamente essere posseduti, *singolarmente*, da ciascuna delle imprese riunite;
- II) possono essere riferiti ad *una sola* delle imprese del raggruppamento, oppure possono essere accertati *cumulando* le qualità di due o più imprese associate.

Al riguardo, non pare dubitabile, intanto, che i requisiti di

carattere *morale* e di generica *affidabilità* (quali l'inesistenza di precedenti penali ostativi, la regolarità contributiva, il rispetto della normativa "antimafia"), come riconosciuto dallo stesso tribunale, devono essere posseduti da ciascuna delle imprese. Il rapporto di collaborazione economica tra i soggetti non può surrogare l'apprezzamento riguardante profili di questo tipo, non direttamente connessi alla struttura imprenditoriale del concorrente, ed alla sua articolazione in una organizzazione temporanea complessa.

Al riguardo, è utile ricordare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui in tema di aggiudicazione dei contratti della p.a., il principio secondo il quale i requisiti richiesti dal bando o dalla lettera di invito devono essere posseduti dal raggruppamento di imprese e non dalle singole imprese raggruppate consente di cumulare *solo i requisiti di natura tecnica* singolarmente posseduti dalle imprese (o dalle cooperative consorziate), vale a dire che, ove sia richiesto il possesso di un determinato numero di mezzi o di unità di personale, esso può essere raggiunto sommando tra loro quello delle singole imprese che, raggruppate e consorziate, dovranno svolgere il servizio o realizzare l'opera; peraltro, tale principio non implica che *requisiti di natura formale relativi alla regolarità della gestione delle imprese* sotto il profilo dell'ordine pubblico, anche economico, possano ritenersi

accertati con esclusivo riferimento al consorzio o al raggruppamento e non debbano invece essere posseduti e documentati dalle imprese designate quali esecutrici del servizio o dell'opera (C. Stato, sez. V, 24-11-1997, n. 1367).

5 L'accertamento dei requisiti di *idoneità tecnica*, *finanziaria* ed *economica* presenta, invece, aspetti più complessi.

Al riguardo è necessario, in linea preliminare, sgombrare il campo da un equivoco.

La giurisprudenza comunitaria richiamata dalla sentenza appellata afferma il principio secondo cui le imprese partecipanti alle gare possono dimostrare le qualità richieste dal bando anche *in modo indiretto*, ossia facendo riferimento agli attributi di altri soggetti, purché con esse legati da un *rapporto effettivo e sostanziale*.

In questo senso, come è ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza comunitaria, la direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, in tema di appalti di servizi, va interpretata nel senso che essa consente a un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far *riferimento alle capacità di altri soggetti*, qualunque sia la *natura giuridica dei vincoli* che il partecipante ha con essi, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di *disporre*

effettivamente dei mezzi di tali soggetti.

Detta pronuncia, quindi, non riguarda, propriamente, la questione relativa all'accertamento dei requisiti soggettivi dei raggruppamenti temporanei di imprese.

L'indirizzo in esame è visibilmente ispirato dalla concezione "realistica" del diritto comunitario, secondo cui, ai fini dell'applicazione di regole proprie dell'ordinamento europeo, occorre considerare la sostanza dei rapporti, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata (variabile anche in funzione del diverso contesto nazionale dell'impresa).

Al tempo stesso, la pronuncia del giudice comunitario, pur affermando il principio del "possesso indiretto dei requisiti", segna anche un limite rigoroso: l'irrilevanza del dato formale impone comunque di accertare l'effettività della situazione considerata e la sua attitudine a dimostrare la concreta disponibilità degli strumenti oggettivi (o, in certa misura, delle qualità soggettive) richiesti dalla stazione appaltante.

Ora, seguendo questa lineare prospettiva, è utile osservare che il possesso indiretto del requisito è stato riconosciuto dal giudice comunitario, in concreto, nell'ambito di un **gruppo societario**, ossia in relazione ad un fenomeno caratterizzato da elementi strutturali e funzionali peculiari, da tempo sottoposti ad attenta analisi dottrina e giurisprudenziale.

Attraverso itinerari ricostruttivi vari ed elaborati, ed in

relazione alla operatività di particolari discipline (specie in materia di diritto del lavoro e di procedure fallimentari), gli interpreti hanno spesso individuato profili di autonoma soggettività del gruppo, oppure hanno ritenuto di poter “squarciare il velo della personalità giuridica”, evidenziando, non senza tratti problematici, l’assenza di una effettiva distinzione soggettiva tra gli organismi inseriti nel gruppo.

In questa particolarissima cornice di riferimento, il possesso indiretto dei requisiti soggettivi va inteso in modo razionale, coerente con la funzione assegnata alla qualità richiesta dalla norma speciale di gara.

6 L’orientamento del giudice comunitario è certamente estensibile anche ad altre fattispecie sostanziali, purché caratterizzate da profili idonei a manifestare l’intensità – qualificata - della connessione soggettiva tra i diversi centri di imputazione giuridica.

Il dato potrebbe riscontrarsi in quei rapporti di collaborazione economica segnati dalla creazione di un nesso stabile, non infrequenti nella prassi e considerati, per alcuni profili, anche dalla più recente legislazione in materia (si pensi alla legge 18 giugno 1998, n. 192, recante *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, che vieta, comunque, *l’abuso della dipendenza economica*).

7 La disponibilità diretta del mezzo (o del requisito) non

pare riscontrabile, con immediatezza, nel rapporto tra le imprese associate. Nella varietà dei moduli utilizzabili, un dato viene concordemente evidenziato dagli interpreti: il raggruppamento temporaneo non dà vita ad una struttura associativa e le imprese conservano intatte le rispettive autonomie formali e sostanziali.

Anche nella vicenda in esame non emerge che il rapporto di mandato irrevocabile (attraverso cui si manifesta il raggruppamento aggiudicatario) sia accompagnato da un rapporto di provvista idoneo ad evidenziare quel penetrante controllo “effettivo” richiesto dalla disciplina comunitaria.

Dunque, per risolvere il problema interpretativo proposto con l'appello, è necessario svolgere un diverso itinerario ricostruttivo.

8 Al riguardo, è opportuno precisare che i requisiti di idoneità tecnica, economica e finanziaria prescritti dalla normativa primaria e specificati nella *lex specialis* di gara, possono presentare connotazioni differenti, valorizzando, di volta in volta, profili soggettivi, oggettivi, o misti.

Il possesso dei requisiti di carattere *oggettivo* può essere dimostrato facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese facenti parte del raggruppamento. Anche in tal caso, però, resta fermo un duplice limite.

Il primo riguarda la previsione normativa di una soglia minima quantitativa prescritta per ciascuna impresa: un

eccessivo frazionamento del requisito renderebbe l'accertamento scarsamente attendibile, diminuendo l'efficacia del giudizio sull'affidabilità dell'impresa e la tutela del correlato interesse pubblico.

Il secondo limite riguarda, invece, la necessaria corrispondenza tra il requisito e la parte del servizio, dell'opera o della fornitura effettuata da ciascuna delle imprese associate, nelle ipotesi in cui sia prevista la specificazione delle prestazioni.

9 I requisiti tecnici di carattere *soggettivo*, invece, devono essere posseduti singolarmente da ciascuna impresa, a meno che non risulti che essi siano incontestabilmente riferiti solo ad una parte delle prestazioni, eseguibili da alcune soltanto delle imprese associate.

Infatti, la previsione di requisiti di tale tipo riflette la scelta dell'amministrazione di ottenere, nel complesso, una garanzia qualitativa di un certo livello, riferita all'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento.

In tale ambito rientra certamente anche la certificazione di qualità. Essa mira ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni, accertate da un organismo qualificato, secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo, che valorizzano l'*organizzazione complessiva*

dell'attività e l'*intero svolgimento* nelle diverse fasi.

Detta valutazione va estesa a tutti i soggetti tenuti ad eseguire le prestazioni contrattuali. Diversamente, l'interesse della stazione appaltante ad ottenere un certo livello qualitativo delle prestazioni risulterebbe vanificato.

10 In definitiva, quindi, l'appello deve essere accolto, con il conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.

Le spese possono essere compensate.

PER QUESTI MOTIVI

Il **Consiglio di Stato in sede giurisdizionale**, *Sezione Quinta*, *accoglie* l'appello e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado;

spese compensate;

ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 marzo 2001, con l'intervento dei signori:

PASQUALE DE LISE	- Presidente
PIERGIORGIO TROVATO	- Consigliere
PAOLO BUONVINO	- Consigliere
FILORETO D'AGOSTINO	- Consigliere

MARCO LIPARI

- Consigliere Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to MARCO LIPARI

F.to PASQUALE DE LISE

IL SEGRETARIO

F.to Franca Provenziani

DEPOSITATA IN SEGRETERIA**il.....15/06/2001.....**

.

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

F.to Pier Maria Costarelli