

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 606 del 24 gennaio 2019

Partecipazione a gare d'appalto – Richiesta certificazione di qualità per tutti i componenti l'ATI – Requisito soggettivo – Legittimità nell'ATI orizzontale

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8078 del 2018, proposto da:

..... in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con la società s.r.l., quale mandante, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via

contro

Comune di, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato, Pec Registri;

nei confronti

..... s.r.l., s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Sezione Staccata di Salerno, Sezione I, n. 01377/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 6183/2018 del 31 ottobre 2018;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania- sezione staccata di Salerno, la (di seguito "*Social Coop*"), in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con la società società Cooperativa Sociale s.r.l. (di seguito "....."), impugnava il provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti dal Comune di (di seguito "*il Comune*"), in qualità di stazione appaltante, dalla gara indetta (con determina dirigenziale n. 3828 del 28 dicembre 2017 e con bando pubblicato il 18 aprile 2018) per "*l'affidamento del servizio di refezione scolastica presso le Scuole dell'Infanzia, Primarie con classi a tempo pieno e il Nido d'Infanzia di pertinenza comunali della città di per gli anni scolastici 2018/2019- 2019/2020- 2020/2021*", del valore a base d'asta pari ad euro 1.912.704,75 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. In particolare, la Stazione appaltante, dopo aver ammesso alla procedura tutte le offerte presentate in gara, inclusa quella della, a seguito di diffida di altra concorrente, ne disponeva l'espulsione per due motivi: a) l'assenza in capo alla mandante del possesso del certificato di qualità ISO 9001:2015, richiesta come requisito di partecipazione, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara (art. 6.3. lett. g); b) l'omessa dichiarazione da parte della stessa di un precedente rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) attinente alla propria cedente il ramo

di azienda, avendo i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente (indicati dall'articolo 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, nuovo Codice dei Contratti) omesso di dichiarare in gara le rescissioni contrattuali e le esclusioni intervenute con riguardo ad alcune commesse (affidate dai Comuni di Villa Literno, Crispiano e Benevento) ed in particolare l'esclusione disposta dal Comune di Benevento con provvedimento n. 10 del 10 gennaio 2018.

1.2. A seguito di decreto cautelare monocratico emesso dal Presidente del Tribunale amministrativo, l'impresa ricorrente veniva riammessa in gara, risultando all'esito della procedura prima in graduatoria e aggiudicataria.

2. Con la sentenza in epigrafe, resa nella resistenza del Comune e con l'intervento *ad opponendum* dell'impresa concorrente s.r.l. che aveva segnalato nel corso della procedura l'esistenza di cause di esclusione in capo alla società ricorrente, il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso ritenendo infondata la prima censura e necessario il possesso della richiesta certificazione di qualità in capo a tutte le imprese facenti parte dell'ATI, con valenza assorbente del secondo motivo di gravame.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello, deducendo che essa sia inficiata da *errores in iudicando* per avere malamente interpretato il primo motivo di ricorso, relativo alla sussistenza del requisito inerente il possesso della certificazione di qualità, prescritta dalla *lex specialis*; ha poi riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm., la censura assorbita e non esaminata dal tribunale circa l'asserita omessa dichiarazione da parte dei c.d. soggetti cessati di cui all'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto, per un verso, le dichiarazioni rese da costoro sono esclusivamente quelle di cui ai primi due commi dell'art. 80 del Codice dei Contratti (e non, invece, quelle di cui al comma 5 di tale norma), per altro verso non vi è alcuna previsione, di legge o della *lex specialis*, che obblighi le imprese cedenti l'azienda o il ramo d'azienda a rendere una siffatta dichiarazione.

3.1. Si è costituito in giudizio il Comune e ha depositato memorie con cui ha argomentato le proprie tesi difensive, chiedendo il rigetto dell'appello, in quanto inammissibile e infondato, e la conferma della sentenza di prime cure.

3.2. All'udienza pubblica del 30 ottobre 2018, fissata per la discussione dell'appello, il difensore del Comune ha dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, e la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Viene in decisione l'appello proposto dalla la quale, con l'impugnazione proposta, censura le statuizioni della sentenza impugnata per non avere rilevato l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante nel disporre la sua esclusione dalla procedura per l'affidamento di durata triennale del servizio di refezione scolastica, propugnando una differente interpretazione della legge di gara rispetto a quella fornita dal tribunale in quanto laddove quest'ultima (all'art. 6 del Disciplinare) ha prescritto il possesso del certificato di qualità ISO 9001 in capo "*ai concorrenti*" avrebbe inteso riferirsi all'ATI globalmente intesa (e non già a ciascuna componente del raggruppamento), essendo in definitiva solo l'intero raggruppamento, considerato nel suo complesso e nella sua unicità, il "concorrente" alla gara, sì da consentire alla mandante di avvalersi dei requisiti delle altre imprese dell'associazione temporanea, senza la necessità per le singole imprese partecipanti di dotarsene in proprio: sicché, diversamente opinando, si vanificherebbe del tutto anche la finalità dell'istituto dell'associazione temporanea che è quella di consentire la massima partecipazione alle gare pubbliche e ampliare il confronto concorrenziale, consentendo agli operatori economici, privi singolarmente dei prescritti requisiti di qualificazione, di partecipare alle pubbliche commesse attraverso il loro cumulo.

4.1. Sotto altro profilo, l'appellante ha evidenziato come la legge di gara prevedesse espressamente i requisiti che dovevano essere posseduti da tutte le imprese del raggruppamento (ovvero l'iscrizione alla Camera di Commercio Industria e

Artigianato di cui al punto 6.1. lett. a) del disciplinare e i servizi analoghi contemplati al successivo punto 6.3.) e tra questi non vi era, dunque, il certificato di qualità in parola, evidenziando pure come la stessa stazione appaltante non avrebbe desunto tale necessità da una espressa previsione della *lex specialis*, ma soltanto dalla natura del requisito *de quo*, che l'Amministrazione appellata ha erroneamente ritenuto avere carattere soggettivo: al contrario, secondo la prospettazione dell'appellante, verrebbe in rilievo in tale ipotesi un requisito di carattere oggettivo, attinente alla capacità tecnico professionale e alla idoneità organizzativa dell'impresa concorrente (e come tale sarebbe qualificato dalla più recente giurisprudenza richiamata dall'appellante) che perciò non è stato inserito dalla legge di gara (né avrebbe dovuto esservi inserito) tra quelli che devono essere conservati individualmente da ciascuna impresa componente dell'ATI (tant'è che esso può essere dimostrato anche mediante ricorso all'avvalimento) e che ben potrebbe essere soddisfatto, di conseguenza, dal raggruppamento nel suo complesso mediante il c.d. cumulo dei requisiti (trattandosi, peraltro, di certificazione obbligatoriamente prescritta ex art. 84 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 solo per eseguire i lavori pubblici, e non già per i pubblici servizi) e garantito dalla responsabilità solidale di mandante e mandataria rispetto all'esecuzione delle prestazioni affidate.

5. L'appello è infondato e va respinto.

5.1. L'art. 6 del disciplinare di gara ha stabilito che *“i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti...6.3. lett. g) Possesso di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015 nel settore LAF 30”, idonea, pertinente e proporzionata al seguente oggetto: servizio di ristorazione. La comprova dei requisiti è fornita mediante un certificato di conformità del sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015”,* chiarendo, di seguito, che *“ai fini della comprova dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al punto 6.3.: ...*

certificato di conformità del sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015”.

5.2, Come evidenziato dall'Amministrazione appellata, la certificazione di qualità in oggetto non copre il prodotto realizzato o il servizio reso, ma attesta semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali con riferimento alla qualità dei propri processi produttivi.

5.2. Ciò premesso, la Sezione qui rileva come la sentenza impugnata non meriti le critiche appuntate, essendo invero condivisibile l'assunto del primo giudice in base al quale la certificazione di qualità ISO 9001, prescritta dall'art. 6.3. lett. g) del disciplinare di gara, dovesse essere posseduta (e comprovata) da tutte le imprese componenti dell'ATI poiché la *lex specialis* non limitava la certificazione di qualità ad alcune prestazioni soltanto tra quelle costituenti oggetto dell'appalto: ne consegue che, trattandosi non già di un requisito tecnico di natura oggettiva, afferente in via immediata ed esclusiva alla qualità del servizio o del prodotto oggetto dell'appalto, accertabile pertanto mediante sommatoria di quelli posseduti dalle singole imprese, bensì di un requisito tecnico di carattere soggettivo, idoneo ad assicurare lo svolgimento del servizio da parte dell'impresa secondo un determinato livello di prestazioni in conformità a parametri qualitativi e ambientali predefiniti, la relativa valutazione circa l'effettivo e concreto possesso di quella certificazione, inerente la capacità di svolgere il servizio secondo determinati standard qualitativi da attestarsi a cura di un organismo qualificato, necessariamente andasse estesa a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, in quanto tutte tenute ad eseguire le medesime prestazioni contrattuali (Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435).

5.3. Nella fattispecie qui al vaglio, infatti, alcuna distinzione era operata, nell'ambito dell'oggetto contrattuale, tra prestazioni principali e prestazioni aventi natura secondaria, sicché venendo in rilievo, nel caso di specie, un'ipotesi di ATI orizzontale, nella quale sussiste una distinzione solo quantitativa dell'opera poiché

tutte le imprese concorrenti e componenti il raggruppamento eseguono i “*lavori della stessa categoria*”, ovvero le medesime lavorazioni richieste dall'appalto, per tutte le ditte che ne fanno parte risulta necessaria la certificazione di qualità richiesta dalla legge di gara (cfr. ex multis Cons. di Stato, Sezione V, 7 dicembre 2017, n. 5772).

5.4. Né era necessario che la stazione appaltante, nel provvedimento di esclusione, affermasse *expressis verbis* la necessità per tutti i componenti dell'ATI di possedere la prescritta certificazione di qualità sulla base di una determinata previsione della *lex specialis* (avendo disposto, secondo la difesa della, la contestata esclusione sulla base del solo presupposto, inconsistente secondo l'appellante, della natura soggettiva e non oggettiva del requisito in parola), ciò ricavandosi *a contrario* dalla constatata mancanza del requisito in capo alla sola mandante e dal tenore letterale delle citate disposizioni della legge di gara che, oltre a ricondurre formalmente la certificazione in esame tra i requisiti necessari ai fini della comprova della capacità tecnica e professionale dell'impresa concorrente, in sostanza non la richiedeva limitatamente ad alcune prestazioni tra quelle costituenti oggetto dell'appalto, eseguibili soltanto da alcune delle imprese associate, ma le riferiva al servizio di ristorazione oggetto di affidamento nel suo complesso, risultando perciò condivisibile l'esegesi operata dal primo giudice e corretta la qualificazione del requisito in parola in termini soggettivi in quanto idoneo ad assicurare lo svolgimento del servizio e l'esecuzione delle prestazioni da affidarsi da parte di tutte le imprese componenti del raggruppamento secondo un determinato livello qualitativo riguardante tanto l'organizzazione complessiva dell'attività quanto il suo intero svolgimento nelle diverse fasi: con ciò dovendosi escludere del tutto che il primo giudice sia incorso in un vizio di ultrapetizione, questo sussistendo soltanto nei casi in cui vi sia stata pronuncia oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni formulate o su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio ovvero se il giudice ha esaminato e accolto il ricorso per un motivo non prospettato

dalle parti, ipotesi che non è dato riscontrare nella fattispecie in esame. Non era infatti qui necessario che una disposizione della legge di gara disponesse espressamente che la certificazione di qualità, in caso di partecipazione alla gara in forma di raggruppamento temporaneo, dovesse essere posseduta da ogni sua componente, ciò discendendo invero dalla natura orizzontale (e non verticale) delle ATI che potevano partecipare alla gara in esame (e, pertanto, della stessa ATI appellate), stante l'assenza nella *lex specialis* di previsioni inerenti prestazioni principali e prestazioni secondarie: pertanto dall'esecuzione da parte di tutte le imprese delle medesime lavorazioni (non separabili né distinguibili, in termini qualitativi, tra principali e secondarie), deriva che per tutte risultava necessario, ai fini della partecipazione alla procedura, il possesso della prescritta certificazione di qualità in modo da fornire alla stazione appaltante adeguate garanzie in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto e delle prestazioni che ne costituiscono oggetto, senza che in ciò possa ravvisarsi, come assume l'appellante, alcuno svilimento della *ratio* dell'istituto dell'associazione temporanea tra imprese.

5.5. Per le ragioni evidenziate non risulta, infine, neppure convincente l'ulteriore argomento speso da parte appellante, secondo il quale la certificazione di qualificazione resa dai competenti organismi di attestazione sarebbe obbligatoriamente prescritta ex art. 84 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 solo per eseguire i lavori pubblici, e non già per i pubblici servizi, a fronte di un'espressa previsione della legge di gara che espressamente richiedeva il possesso del requisito in parola a pena di esclusione per le concorrenti, tali dovendosi intendere nel caso di ATI orizzontale come quella appellante, secondo l'esegesi ritenuta corretta dal Collegio, ciascuna impresa che ne faccia parte: deve, perciò, ritenersi legittimo il provvedimento di esclusione in quanto conforme e rispettoso del pacifico principio giurisprudenziale, richiamato anche dalla sentenza impugnata, secondo cui, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici devono ritenersi tassative ed inderogabili

le cause di esclusione espressamente statuite nella *lex specialis*, alla quale la stazione appaltante si è autovincolata nello svolgimento della gara, non residuando pertanto margini di discrezionalità a riguardo in capo all'Amministrazione in ordine alla comminatoria della sanzione espulsiva al verificarsi dei presupposti ivi indicati.

6. Alla luce delle esposte argomentazioni non risulta censurabile l'operato della stazione appaltante che, legittimamente, ha disposto, in conformità delle chiare previsioni del disciplinare, l'esclusione dalla gara dell'ATI appellante per difetto, incontestato, del possesso del richiesto certificato di qualità in capo alla mandante, da ritenersi lesivo dell'interesse della stazione appaltante a conseguire un determinato livello qualitativo delle prestazioni oggetto di affidamento da parte di tutte le imprese componenti il raggruppamento temporaneo (stante la sua natura orizzontale).

7. L'infondatezza del primo motivo di appello e la conseguente legittimità per le ragioni evidenziate del provvedimento di esclusione disposto esime la Sezione dall'esame del secondo mezzo di censura, che deve pertanto dichiararsi assorbito.

8. All'infondatezza dei motivi dedotti consegue il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di prime cure.

9. Sussistono nondimeno giusti motivi, in considerazione della novità e complessità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO