

Oggetto sociale e oggetto dell'appalto

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 24-11-2017

Si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto - non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.

Diversamente, una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale.

Dunque, l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale.

Guida alla lettura

L'operatore economico partecipante alla gara soddisfa i requisiti di professionalità prescritti **dall'art. 83 del Codice dei contratti** anche se il suo **oggetto sociale** non corrisponde integralmente all'**oggetto del contratto di appalto** da aggiudicare. Con queste parole può essere riassunta la pronuncia in commento.

I fatti che hanno originato la decisione possono invece essere così sintetizzati: il bando di gara descriveva l'oggetto del contratto di appalto da aggiudicare; da quest'ultimo differiva parzialmente l'oggetto sociale di un concorrente, come risultava dalla relativa iscrizione alla Camera di commercio.

Il problema poi risolto dal Consiglio di Stato era dunque questo: se quel concorrente integrasse i requisiti di professionalità nonostante il suo oggetto sociale differisse parzialmente dall'oggetto descritto dal bando.

Va innanzitutto precisato che questo problema ammette astrattamente due soluzioni: **una**

soluzione analitica; una soluzione sintetica.

Come si comprende, aderendo alla prima si aderisce necessariamente a questa conclusione: **le prestazioni dell'oggetto sociale e le prestazioni dell'appalto** devono essere legate da **relazione biunivoca**. Altrimenti il concorrente non può aggiudicarsi il contratto. Il ricorso all'insiemistica può quindi essere illuminante: ad ogni prestazione dell'insieme X (oggetto sociale del concorrente) corrisponde una sola prestazione dell'insieme Y (oggetto dell'appalto). Privilegiando sterilmente una minuziosa analisi delle prestazioni da confrontare, si rischia però di sacrificare la *ratio* dei requisiti di professionalità: realizzare **l'interesse alla corretta esecuzione dei contratti pubblici**. Questo scopo può infatti essere realizzato anche se oggetto sociale e oggetto dell'appalto sono parzialmente difformi. A dimostrarlo sono l'esperienza e la logica. Se quindi lo scopo dei requisiti di professionalità è raggiunto, allora il concorrente può aggiudicarsi la gara: indipendentemente dalla parziale difformità del suo oggetto sociale da quello descritto dal bando. **Eccessivo appare dunque il formalismo della soluzione analitica.**

Da queste osservazioni discende dunque la necessità di una **valutazione complessiva, globale, sintetica dei requisiti di professionalità** dell'operatore economico. Va inoltre considerato che la rigida corrispondenza biunivoca descritta prima non sembra prescritta in nessun luogo del Codice dei contratti. La soluzione analitica, dunque, non sembra giustificata né dalla *ratio* dei requisiti di professionalità né dalla lettera del Codice, che al **comma 2 dell'art. 83** si limita infatti a stabilire una **generica proporzionalità** tra quei requisiti e l'oggetto dell'appalto. Diversamente, quindi, e verosimilmente, la falceria dei partecipanti frustrerebbe la ragione stessa della gara: aggiudicare il contratto. Il motivo sembra evidente: se i requisiti di aggiudicazione di un appalto sono troppo rigorosi, probabilmente nessuno riuscirà ad aggiudicarselo. La perfetta corrispondenza tra oggetto sociale e oggetto dell'appalto sembra infatti impossibile da raggiungere. Questo esito potrebbe allora frustrare anche il principio di concorrenza nelle gare pubbliche, sancito dal citato comma 2 e richiamato dalla sentenza in commento: "*A parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto - non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.*

Diversamente, una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale.

Dunque, l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va contemperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per

*i quali è possibile pervenire a un **giudizio di globale affidabilità professionale**.*

Come ricorda la sentenza in esame, alla soluzione sintetica aderisce saggiamente anche l'**ANAC**, che con la **delibera n. 284 del 22 marzo 2017** assegna alla stazione appaltante il compito di "**accertare la coerenza, in concreto, della descrizione delle attività imprenditoriali esercitate e dell'oggetto sociale, riportate nel certificato camerale, con il requisito di ammissione richiesto dalla lex specialis di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato**".

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5401 del 2017, proposto da:

Sagifi S.p.a. in proprio e quale mandataria dell'ATI Sagifi S.p.a./E.P. S.p.a./Innova S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Vaiano e Armando Profili, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Lungotevere Marzio N.3;

contro

So.re.sa. S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Orefice, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Serenissima Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Calgaro e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Confalonieri 5;

Vivenda S.p.a e Ristora Food & Service S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Michele Perrone, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Barnaba Tortolini N.30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03231/2017, resa tra le parti, concernente la procedura aperta per la fornitura del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania - LOTTO 2.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Serenissima Ristorazione S.p.a., di Vivenda S.p.a., di Ristora Food & Service S.r.l. e di So.re.sa. Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Diego Vaiano, Fabio Orefice, Michele Perrone, Ugo De Luca su delega dichiarata di Saverio Sticchi Damiani, Paolo Caruso su delega di Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso di primo grado, la SAGIFI S.p.a., agendo in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con E.P. S.p.a. e Innova S.p.a., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, una serie di atti inerenti alla procedura aperta, distinta in 6 lotti funzionali (territoriali), indetta dalla So.Re.Sa. – Società Regionale per la Sanità S.p.a., con determina a contrarre del Direttore generale n. 143 del 12 ottobre 2016, per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania.

L'impugnativa, riferita in particolare al lotto 2 (ASL Napoli 1 e AORN Cardarelli), si è indirizzata nei confronti della determinazione del Direttore generale n. 56 del 24 marzo 2017, nella parte in cui ha ammesso al prosieguo della gara: I) l'ATI Vivenda S.p.a. (capogruppo mandataria) – Ristora Food & Service S.r.l.; II) la Serenissima S.p.a..

2. Avverso i gravati atti di ammissione la ricorrente ha dedotto, in sintesi che:

come emergente dalle rispettive visure camerali - né l'impresa Vivenda (facente parte di un raggruppamento orizzontale in cui ogni partecipante deve possedere tutti i requisiti idoneativi all'esecuzione dell'appalto), né la Serenissima S.p.a. (avendo questa cessato in data 3.3.2015 l'attività di manutenzione degli impianti degli edifici), contemplano nel loro oggetto

sociale e tra le loro attività la manutenzione degli impianti, delle attrezzature, degli arredi e dei macchinari, pure prevista tra le prestazioni secondarie del servizio dall'art. 1 del disciplinare di gara.

3. La causa è stata definita, ai sensi e per gli effetti dell'art. 120, commi 2 bis, 6 bis e 9, cod. proc. amm., con una pronuncia di rigetto del ricorso.

4. Con l'appello è stata reiterata la censura già svolta in primo grado e non accolta dal Tar per la Campania.

In particolare, l'appellante ha osservato che il disciplinare di gara include nell'oggetto dell'appalto, quali prestazioni secondarie, la manutenzione ordinaria dei locali di pertinenza del servizio affidati all'OEA, degli impianti tecnologici, nonché la manutenzione ordinaria e straordinaria delle attrezzature, dei macchinari e degli arredi di cucina. Ha inoltre richiamato l'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui dispone che, nel caso di forniture o servizi, "per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione".

A detta della ricorrente, manutenzione e ristorazione costituiscono prestazioni ben distinte e separate, il cui svolgimento richiede professionalità diverse. Di conseguenza, deve ritenersi che l'iscrizione camerale per l'attività di ristorazione non ricomprenda anche la manutenzione, né valga a qualificare "globalmente" il concorrente, abilitandolo a rendere entrambe le prestazioni; sicché, anche nel caso di ATI orizzontale – quale è quella tra la Ristora e la Vivenda – ogni azienda partecipante deve possedere i requisiti per svolgere tutte le prestazioni dedotte in appalto.

Ciò non è avvenuto nel caso di specie, in quanto dal certificato delle aziende controinteressate risulta l'estraneità di "una delle attività oggetto di gara" a quelle descritte dell'oggetto sociale, donde il venir meno della possibilità per le aziende medesime di erogare tale prestazione e di partecipare validamente alla gara.

5. Si sono costituite in giudizio la So.Re.Sa. S.p.a., Serenissima Ristorazione S.p.a., Ristora Food & Service S.r.l. e Vivenda S.p.a..

Oltre che nel merito, le deduzioni di parte appellante sono state contestate anche nella loro ammissibilità, osservandosi in tal senso che anche l'oggetto sociale della Sagifi, impresa del raggruppamento ricorrente, non ricomprende tutte le prestazioni secondarie descritte nel disciplinare di gara.

6. A seguito dello scambio di memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 26 ottobre 2017.

DIRITTO

1. La problematica sollevata con il motivo di appello è quella dei limiti di congruenza contenutistica tra l'iscrizione camerale dell'impresa partecipante alla gara e l'oggetto del

contratto d'appalto.

Nell'impostazione del nuovo codice appalti, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, commi 1 lett. a) e 3, d.lgs. n. 50/2016), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma.

1.1. Utilità sostanziale della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico.

Da tale ratio – nell'ottica di una lettura del bando fedele ai principi vigenti in materia di contrattualistica pubblica, che tenga cioè conto dell'oggetto e della funzione dell'affidamento (1363 1367 1369 c.c.) – si desume la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953).

1.2. A parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto - non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.

Diversamente, una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale.

1.3. Dunque, l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. TAR, Valle d'Aosta, 12 gennaio 2016 n. 2; TAR Catania, sez. III, 6 dicembre 2016, n. 3165).

1.4. Dando seguito alla più condivisibile impostazione da ultimo richiamata, questo Collegio ritiene decisivo indagare la natura e la qualità delle prestazioni dedotte nel capitolato d'appalto

e la relazione nella quale queste si pongono rispetto ai richiesti requisiti di capacità.

1.5. Nel caso qui in esame, da una ricognizione delle disposizioni della legge di gara inerenti l'oggetto e i correlati requisiti di idoneità professionale del contratto di appalto emerge che:

- il punto II.1.1 del bando e l'art. 3 del capitolato speciale indicano l'oggetto dell'appalto nel "servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale", senza assegnare rilevanza alcuna ad ulteriori contenuti prestazionali;

- l'art. 1 del disciplinare di gara qualifica come prestazione principale del contratto i "servizi di ristorazione e di distribuzione pasti", mentre annovera tra le prestazioni secondarie la "manutenzione ordinaria dei locali di pertinenza del servizio affidati all'OEA, degli impianti tecnologici", nonché la manutenzione "ordinaria e straordinaria delle attrezzature, dei macchinari e degli arredi di cucina";

- l'art. 12.1 del disciplinare di gara contempla: a) quale requisito di idoneità professionale, l'"iscrizione ai registri tenuti dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura"; b) quale requisito di capacità economico-finanziaria, il "fatturato specifico per servizi analoghi a quello del settore di attività oggetto dell'appalto (da intendersi quale servizi di ristorazione collettiva sanitaria e/ o non sanitaria), al netto dell'IVA, realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del presente Bando."; c) quale requisito di capacità tecnico-professionale, l'"aver regolarmente eseguito, nell'ultimo triennio, servizi di ristorazione collettiva presso almeno due aziende sanitarie pubbliche o private"; d) quali certificazioni di qualità, "d.1) certificazione UNI EN ISO 9001: 2008 o successivi; d.2) certificazione UNI EN ISO 14001 o EMAS; d.3) certificazione UNI EN ISO 22000: 2005 (sicurezza alimentare) o equivalente";

- l'art. 18 del disciplinare, riferito al criterio di aggiudicazione, definisce parametri di valutazione delle offerte tecniche essenzialmente incentrati sulla valorizzazione delle attività di ristorazione, scrutinate nelle diverse fasi della preparazione, del trasporto e della somministrazione dei pasti;

- all'art. 15 del Capitolato speciale d'appalto, le "modalità di erogazione del servizio" sono indicate con esclusivo riferimento alla produzione, confezionamento, trasporto e somministrazione dei pasti ai degenti.

1.6. Dunque, la complessiva lettura dei richiamati contenuti disposti rende condivisibile la soluzione di minor rigore accolta dai giudici di primo grado, se solo si considera che, nei diversi passaggi sopra richiamati, la legge di gara: i) si è limitata a richiedere quale requisito di idoneità professionale la mera "iscrizione ai registri tenuti dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura", senza ancorarla ad uno specifico oggetto; ii) ha differenziato le prestazioni dell'appalto in principali e secondarie; iii) ha rapportato solo alle prime i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale, nonché i criteri di aggiudicazione; iv) ha dunque assegnato rilevanza del tutto secondaria, nel contesto delle prestazioni contrattuali e sotto tutti i profili sin qui segnalati, alle attività di manutenzione dei locali e delle attrezzature.

1.7. Alla luce di tali parametri ermeneutici, deve quindi ritenersi corretta la scelta della stazione appaltante di attribuire maggiore rilevanza, nella valutazione di congruenza tra l'iscrizione camerale e l'oggetto dell'appalto, alle prestazioni contrattuali principali. Si tratta di soluzione coerente con il fatto che:

- l'oggetto dell'appalto è stato definito, sinteticamente, come "servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale" (punto II.1.1 del bando e art. 3 del capitolato speciale);

- il requisito di idoneità professionale correlato alla iscrizione alla Camera di Commercio è stato richiesto senza riferimento a tutte le prestazioni (sia principale, sia secondarie) previste in appalto (si veda l'art. 12.1 del disciplinare di gara) e, comunque, in aggiunta ad altri requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria (in linea con la previsione dell'art. 83 comma 1, d.lgs. 50/2016).

Risulta dunque ragionevole ritenere che il requisito camerale andasse riferito al solo oggetto del contratto ("servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale") e che lo stesso dovesse intendersi come attestazione della generica qualificazione professionale-imprenditoriale del concorrente; viceversa, l'ulteriore specificazione di tale idoneità professionale, in rapporto alla totalità delle prestazioni incluse nell'appalto posto in gara, era affidata alla enucleazione di ulteriori e più specifici requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale, meglio elencati all'art. 12.1. del disciplinare. D'altra parte, analoga gradazione dei requisiti di idoneità professionale si evince dall'ordine di elencazione contenuto al primo comma dell'art. 83 d.lgs. 50/2016, e nello stesso luogo si rinviene l'avvertenza del legislatore a calibrare detti requisiti in modo attento e proporzionato all'oggetto dell'appalto "tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti". Infine, nel senso di una pragmatica conduzione "in concreto" dell'accertamento di congruenza tra il contenuto dell'iscrizione camerale e l'oggetto dell'appalto, si è espressa anche l'Anac nella delibera n. 284 del 22 marzo 2017, ove si è precisato che è "competenza della stazione appaltante accertare la coerenza, in concreto, della descrizione delle attività imprenditoriali esercitate e dell'oggetto sociale, riportate nel certificato camerale, con il requisito di ammissione richiesto dalla lex specialis di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato".

1.8. In conclusione, la valutazione di rispondenza insita negli atti di ammissione impugnati non appare censurabile nei termini dedotti in appello, essendo stata svolta dalla stazione appaltante attraverso l'accertamento di concreta coerenza della descrizione delle attività imprenditoriali riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla lex specialis di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato.

1.9. Per quanto esposto, il motivo di appello va respinto in quanto infondato, il che consente di prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità sollevate in relazione allo stesso dalle parti resistenti.

2. Stante la natura delle questioni trattate e la sussistenza di orientamenti non univoci in materia, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

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

Spese di lite compensate.

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