CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PHILIPPE LÉGER

presentate il 23 settembre 1999 *

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame riguarda il diritto di una società che partecipa ad un procedura di gara d'appalto, in applicazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [1], di richiamare a suo vantaggio le qualifiche tecniche e finanziarie di un'altra società alla quale è legata da un rapporto società controllata - società madre.

I — La normativa comunitaria

2. Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 92/50, per aggiudicare appalti di servizi pubblici le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni in essa contenute.

3. L'art. 26 della direttiva 92/50 stabilisce quanto segue:

«1. Le offerte possono venir presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi. A tali raggruppamenti non può venir richiesto di assumere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione dell'offerta; ciò può tuttavia venir richiesto al raggruppamento selezionato una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto.

2. I candidati od offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a svolgere la prestazione del servizio di cui trattasi non possono venir respinti soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

3. Tuttavia, alle persone giuridiche può essere richiesto d'indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualificazioni professionali delle persone che effettuano la prestazione del servizio di cui trattasi».

4. Ai sensi dell'art. 31 della direttiva 92/50:

«1. In linea di massima, la prova della capacità finanziaria ed economica del pre-

* Lingua originale: il francese.

1 — GU L 209, pag. 1.

statore di servizi può venir fornita mediante una o più delle seguenti referenze:

a) idonee dichiarazioni bancarie o prova di un'assicurazione contro i rischi d'impresa;

b) la presentazione del bilancio o di estratti dello stesso, qualora la pubblicazione del bilancio sia prescritta dal diritto societario del paese nel quale il prestatore di servizi è stabilito;

c) una dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato per i servizi cui si riferisce l'appalto, relativa ai tre ultimi esercizi finanziari.

2. Le amministrazioni precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, la referenza o le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le eventuali altre referenze da presentare.

3. Qualora per giustificati motivi il prestatore di servizi non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione, è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato».

5. Ai sensi dell'art. 32 della direttiva 92/50:

«1. La capacità dei prestatori ad eseguire servizi può venir valutata, in particolare, con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità.

2. La prova della capacità tecnica dei prestatori di servizi può venir fornita mediante uno o più dei seguenti mezzi, a seconda della natura, della quantità e dello scopo dei servizi da prestare:

a) l'indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi e/o dei dirigenti dell'impresa ed in particolare della o delle persone responsabili della prestazione dei servizi;

b) la presentazione di un elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con indicazione degli importi,

delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi:

— nel caso di servizi prestati ad amministrazioni, tale prova deve assumere la forma di certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente;

— nel caso di servizi prestati a privati, l'effettiva prestazione va certificata dall'acquirente ovvero, in mancanza di un tale certificato, semplicemente dichiarata dal prestatore di servizi;

c) l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità;

d) una dichiarazione relativa al numero medio annuo di dipendenti del prestatore di servizi ed al numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;

e) una dichiarazione relativa agli strumenti, al materiale od alle apparecchiature tecniche di cui il prestatore di servizi dispone per prestare i servizi in questione;

f) una descrizione delle misure prese dal prestatore di servizi per garantire la qualità, e dei mezzi di studio e di ricerca di cui dispone;

g) qualora i servizi da prestare siano di natura complessa o,eccezionalmente, siano richiesti per una finalità particolare, una verifica eseguita dall'amministrazione o per suo conto da un organismo ufficiale competente del paese in cui il prestatore di servizi è stabilito, purché tale organismo acconsenta,in merito alle capacità tecniche del prestatore di servizi e, se necessario, alle infrastrutture di cui dispone a fini di studio e di ricerca e alle misure che prende ai fini del controllo della qualità;

h) l'indicazione della quota del contratto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare.

3. L'amministrazione precisa, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, quali sono le referenze da presentare.

4. Le informazioni di cui all'articolo 31 ed ai paragrafi da 1 a 3 del presente articolo devono limitarsi all'oggetto dell'appalto. Le amministrazioni tengono nel debito conto gli interessi legittimi dei prestatori di servizi per quanto riguarda la tutela dei loro segreti tecnici o commerciali».

II — Fatti e procedimento principale

6. Per l'affidamento triennale del servizio di gestione dell'impianto di depurazione delle acque di rifiuto d'«Is Arenas» e degli impianti di raccolta ubicati in località «Is Arenas, "San Bartolomeo" e "Borgo Sant'Elia"», il Comune di Cagliari ha bandito una gara d'appalto, il cui bando è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 3 gennaio 1997. Per poter presentare offerte, le imprese interessate dovevano in particolare provare un fatturato annuo medio, nel settore della gestione di impianti di depurazione delle acque e raccolta delle acque, che non fosse inferiore a 5 miliardi di lire italiane, nonché la gestione effettiva per due anni consecutivi, nel corso dei tre anni precedenti, di almeno un impianto di depurazione di liquami civili.

7. Le società Holst Italia SpA (in prosieguo: la «Holst Italia») e la Ruhrwasser AG International Water Management SpA (in prosieguo: la «Ruhrwasser») sono state ammesse a partecipare alla gara d'appalto. L'appalto è stato aggiudicato alla Ruhrwasser, che ha presentato l'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione, con decisione 13 giugno 1997 della commissione aggiudicatrice, approvata con delibera 17 agosto 1997 della Giunta comunale.

8. La Ruhrwasser è una società per azioni di diritto tedesco, il cui capitale è detenuto da un consorzio di sei società tedesche, ciascuna per un sesto delle parti sociali, e che ha come obiettivo di consentire al consorzio di ottenere appalti, in particolare all'estero, nel settore dell'approvvigionamento d'acqua e della depurazione delle acque di rifiuto. Una delle società aderenti al consorzio, vale a dire la RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (in prosieguo: la «RWG»), ha come unico azionista la Ruhrverband, organismo di diritto pubblico incaricato, nel territorio tedesco, di compiti di servizio pubblico nel settore della gestione delle acque di rifiuto. E' pacifico che tale organismo dispone di referenze che sarebbero sufficienti a qualificarlo per partecipare alla gara d'appalto del Comune di Cagliari.

9. E' altresì pacifico che, al contrario, la Ruhrwasser non disponeva essa stessa direttamente delle qualifiche richieste per presentare offerte adeguate, essendo una società costituita di recente la cui iscrizione al registro delle imprese risale soltanto al 9 luglio 1996. Perciò essa si era avvalsa delle qualifiche tecniche e finanziarie della Ruhrverband che, mediante l'intermediario della sua consociata RWG, partecipava alla «joint venture» all'origine della creazione della Ruhrwasser. L'amministrazione ha

ammesso la validità di tali referenze indirette.

10. La Holst Italia ha presentato dinanzi al Tribunale amministrativo per la Sardegna un ricorso di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto alla sua concorrente, basandosi principalmente sul fatto che la decisione impugnata violava la norma, figurante nel bando di gara, secondo la quale solo le qualifiche possedute dalle imprese interessate all'appalto potevano essere prese in considerazione per valutare la loro idoneità a partecipare al procedimento. Dal canto suo, la Ruhrwasser ha presentato una domanda incidentale contestando il contenuto del bando di gara, poiché non permette a un prestatore di servizi di far valere, con qualsiasi documento idoneo, qualifiche che non possiede direttamente, ma di cui tuttavia può disporre.

III — La questione pregiudiziale

11. Ritenendo che per pronunciarsi su tale punto fosse necessario verificare se la direttiva 92/50 autorizzi un candidato ad una procedura di aggiudicazione a far riferimento alle qualifiche tecniche e finanziarie di un altro soggetto di diritto ad esso legato, il giudice a quo ha sospeso il giudizio riguardo alla causa principale e ha sottoposto alla Corte la seguente questione:

«Se la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizio, consenta ad una società di comprovare il possesso dei requisiti tecnici e finanziari richiesti per l'ammissione ad una gara d'appalto bandita per l'affidamento di un servizio pubblico, facendo valere le referenze di altro soggetto che sia unico socio di una delle società di cui la prima è partecipata».

IV — Sulla soluzione alla questione pregiudiziale

12. Il giudice a quo chiede, in sostanza, se un'impresa che presenta un'offerta per l'assegnazione di un appalto pubblico di servizi debba soddisfare personalmente le condizioni tecniche e finanziarie richieste dall'amministrazione o se essa abbia il diritto di avvalersi del fatto che tali condizioni vengono soddisfatte da un'altra impresa alla quale appartiene in parte e in modo indiretto.

13. Per risolvere la questione sollevata, occorre esaminare i dati del diritto comunitario come risultano dalla direttiva 92/50

e come sono completati dalla giurisprudenza della Corte.

Obiettivi e disposizioni applicabili della direttiva 92/50

14. La direttiva 92/50 persegue due obiettivi principali, la libera circolazione dei servizi [2] e l'esercizio, in tale settore, di una concorrenza effettiva [3]. Gli operatori economici devono potersi dislocare e fornire servizi senza restrizioni riguardanti la loro origine nazionale o il luogo della loro residenza, contribuendo così, con la moltiplicazione e il confronto delle offerte di servizi, al miglioramento della qualità delle prestazioni offerte e delle condizioni economiche della loro realizzazione sul territorio comunitario.

15. Per permettere lo stabilimento di un mercato interno che comporti uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita la libera circolazione dei servizi [4], la direttiva 92/50 stabilisce norme destinate a evitare intralci a tale libertà [5].

16. Ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50: «Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi». Occorre stabilire se il fatto di escludere un offerente poiché non risponde personalmente alle condizioni di capacità tecniche e finanziarie poste dall'amministrazione costituisca siffatta discriminazione.

17. La direttiva 92/50 cita un certo numero di criteri che possono caratterizzare comportamenti discriminatori. In essa si precisa infatti che «(...) i prestatori di servizi possono essere sia persone fisiche, sia persone giuridiche» [6], il che lascia intendere che la forma giuridica delle imprese non deve costituire un intralcio alla loro libertà di presentare offerte. Tale elemento viene ripreso all'art. 26, n. 2, che vieta il rigetto di un'offerta per il solo motivo che essa è presentata da una persona fisica o da una persona giuridica.

18. Ne consegue che il requisito, preliminare all'assegnazione di un appalto, di una determinata struttura giuridica può essere inteso come una restrizione immotivata al diritto degli operatori economici di concorrere a condizioni uguali per tutti.

19. L'art. 26, n. 1, della direttiva 92/50 conferma tale punto precisandolo nell'ipo-

2 — Sesto 'considerando'.
3 — Ventesimo 'considerando'.
4 — Secondo 'considerando'.
5 — Sesto 'considerando'.
6 — Ibidem.

tesi in cui diverse imprese intendano rispondere congiuntamente al bando di gara. In forza di tale norma i raggruppamenti di prestatori di servizi sono espressamente autorizzati a sottoporre offerte ed è vietato alle amministrazioni di richiedere «a tali raggruppamenti di assumere una forma giuridica specifica (...) ai fini della presentazione dell'offerta».

20. Da tali diverse disposizioni si evince chiaramente che il legislatore comunitario si preoccupa meno della forma legale che rivestono i prestatori di servizi che della loro capacità di adempiere i compiti loro affidati in occasione dell'assegnazione degli appalti pubblici, e perfino di possedere i mezzi utili per l'esecuzione dei lavori di cui trattasi, indipendentemente dalla loro propria organizzazione. L'eliminazione degli intralci legati allo status giuridico degli operatori costituisce un mezzo per moltiplicare le offerte, in particolare quelle che provengono da imprese di altri Stati membri della Comunità diversi da quello ove ha luogo la procedura di assegnazione, senza compromettere i requisiti sostanziali che riguardano la buona esecuzione delle prestazioni di servizi.

21. L'impostazione per interpretare la direttiva 92/50 deve essere pertanto più funzionale che formale. Infatti, benché sembrino rispondere ad un certo formalismo, taluni obblighi prescritti dalla direttiva 92/50 sono appunto destinati a favorire la buona esecuzione degli appalti, limitando i rischi ai quali sono esposte le amministrazioni.

22. Un esempio significativo di questo tipo di requisiti ci viene dato dall'art. 26, n. 3, che autorizza l'amministrazione a richiedere alle persone giuridiche di «(...) indicare (...) il nome e le qualificazioni professionali delle persone che effettuano la prestazione del servizio di cui trattasi». Sebbene non si possa vietare di affidare un appalto ad una persona giuridica col solo pretesto della sua forma giuridica, non si può comunque privare l'amministrazione delle informazioni che le consentano di valutare la capacità del prestatore ad effettuare l'offerta alle condizioni stabilite.

23. Il legislatore comunitario ha perciò vigilato a che il pieno esercizio della libertà di circolazione non comprometta la buona esecuzione delle prestazioni di servizi, elemento senza il quale la normativa comunitaria perderebbe tutto il suo significato. La direttiva 92/50, così come l'interpretazione che deve essere data, mira a raggiungere l'equilibrio tra i due requisiti essenziali che sono la ricerca di una liberalizzazione sufficiente degli appalti e la fissazione di norme che garantiscano all'amministrazione prestazioni di servizi di qualità.

24. Quest'ultima dev'essere in grado di valutare l'attitudine degli offerenti a eseguire l'appalto nel modo desiderato.

25. Gli artt. 31 e 32 della direttiva 92/50 perseguono tale obiettivo. Il primo elenca le prove della capacità finanziaria ed economica che possono essere richieste al prestatore di servizi, le modalità che consentono di ricorrervi e la soluzione alternativa nel caso in cui il prestatore di servizi fosse nell'impossibilità di produrre le referenze richieste. Il secondo di questi articoli stabilisce un determinato numero di criteri che caratterizzano la capacità dei prestatori di servizi a fornire i servizi richiesti, contiene un elenco delle prove che testimonino la loro capacità tecnica e precisa le modalità secondo le quali l'amministrazione può richiederle.

26. Non è affatto necessario soffermarsi a lungo sulla motivazione di tali disposizioni, poiché detti articoli hanno certamente come scopo quello di tutelare l'interesse dell'amministrazione nei confronti della candidatura di operatori economici intenzionati più ad ottenere l'assegnazione di appalti remunerativi che a garantirne l'incarico principale, vale a dire la loro esecuzione coscienziosa.

27. Tuttavia si possono trarre dal loro contenuto due indicazioni del pari utili per l'esame della questione pregiudiziale considerata.

28. In primo luogo, benché l'abbondanza delle offerte contribuisca, di per sé, agli interessi dell'amministrazione, essa non può essere realizzata al prezzo di prestazioni mediocri. Tale necessità legittima queste barriere e giustifica il fatto che l'interpretazione data alle norme che le istituiscono tiene conto dei rischi di frode che possono soffocarne gli effetti protettivi. Le conseguenze di una soluzione che consista nell'ammettere che le condizioni normative fissate dalla direttiva 92/50 siano soddisfatte da persone diverse dall'impresa offerente devono quindi essere valutate attentamente.

29. In secondo luogo, sebbene il riferimento fatto dai due articoli al prestatore di servizi possa indurre ad una interpretazione favorevole alla produzione di prove limitate al prestatore stesso [7], altri brani vanno in favore di una interpretazione meno restrittiva.

30. Così l'art. 31, n. 3, autorizza il prestatore di servizi a provare, a determinate condizioni, la propria capacità economica e finanziaria «(...) mediante qualsiasi altro

7 — Gli artt. 31 e 32 menzionano la capacità finanziaria, economica e tecnica del prestatore di servizi, riferendosi così soltanto all'offerente. Allo stesso modo, l'art. 32 stabilisce che «La capacità dei prestatori ad eseguire servizi può venir valutata, in particolare, con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità». Esso menziona «l'indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi e/o dei dirigenti dell'impresa ed in particolare della o delle persone responsabili della prestazione» e fa riferimento «...al numero medio annuo di dipendenti del prestatore di servizi ed al numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni». La norma sembra designare solo taluni elementi propri dell'impresa.

documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato», il che, lasciando a quest'ultima un certo margine di discrezionalità, le permette di accettare che talune prove siano prodotte da altri che non siano il prestatore di servizi allorché queste ultime offrono le stesse garanzie. Parimenti, l'art. 32, n. 2, lett. c), prevede espressamente il caso in cui i tecnici o gli organismi tecnici al quale il prestatore di servizi ha fatto ricorso non siano parte integrante della sua impresa. Altre disposizioni inoltre vanno in tal senso, come l'art. 32, n. 2, lett. h), che ammette l'eventualità del ricorso da parte del prestatore di servizi ad un subappaltatore, o l'art. 32, n. 2, lett. e), che prevede «una dichiarazione relativa agli strumenti, al materiale od alle apparecchiature tecniche di cui il prestatore di servizi *dispone* per prestare i servizi in questione» [8], escludendo così di limitare la dichiarazione prescritta ai soli equipaggiamenti propri dell'impresa.

31. L'ipotesi di una «personalizzazione» delle capacità richieste dall'amministrazione in capo all'offerente è pertanto messa in discussione dalla formulazione stessa della direttiva 92/50, poiché vi si fa più volte riferimento ad una messa a disposizione di mezzi esterni all'impresa. Confermando ciò che gli obiettivi perseguiti dalla direttiva lasciavano trasparire, tale situazione induce ad una interpretazione estensiva delle disposizioni relative alle condizioni di giustificazione delle capacità degli offerenti.

8 — Il corsivo è mio.

La giurisprudenza Ballast Nedam Groep

32. La giurisprudenza della Corte formatasi in base alle sentenze Ballast Nedam Groep 14 aprile 1994 [9] e 18 dicembre 1997 [10] conferma tale orientamento.

33. Nella sentenza Ballast Nedam I si trattava di accertare se una società holding, dato che non eseguiva essa stessa i lavori, potesse essere esclusa dalle procedure di partecipazione agli appalti pubblici di lavori — nella fattispecie con il diniego del rinnovo dell'abilitazione che fino ad allora le era stata concessa — e, in caso di risposta negativa, a quali condizioni essa potesse provare le capacità necessarie a tale partecipazione [11].

9 — Causa C-389/92 (Racc. pag. I-1289; in prosieguo: la «sentenza Ballast Nedam I»).

10 — Causa C-5/97 (Racc. pag. I-7549; in prosieguo: la «sentenza Ballast Nedam II»).

11 — Quanto alla sentenza Ballast Nedam II, essa interpreta la sentenza Ballast Nedam I sul carattere obbligatorio o facoltativo della considerazione, da parte dell'autorità incaricata di pronunciarsi sulla domanda di abilitazione, delle referenze delle società terze. La Corte ha precisato «(...) che l'autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo *è obbligata*, quando è provato che tale persona ha effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo necessari all'esecuzione degli appalti, a tener conto delle referenze delle dette società per valutare l'idoneità della persona giuridica interessata (...)» (punto 14, il corsivo è mio). Tale sentenza interessa meno direttamente il presente procedimento rispetto alla sentenza Ballast Nedam I, dal momento che, nella causa principale all'origine della presente questione pregiudiziale, ciò di cui si tratta è l'esistenza stessa del diritto — e non il suo carattere imperativo o facoltativo — di prendere in considerazione talune referenze esterne all'offerente che l'amministrazione si è attribuita.

34. La Corte ha statuito che le direttive applicabili nella fattispecie [12] «(...) 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» e che «spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale» [13].

35. Pertanto, la Corte ha statuito che un operatore economico che di per sé non è in grado di eseguire un appalto, poiché non risponde ai criteri di selezione qualitativi richiesti dalle norme, può richiamarsi ai mezzi di altre società, purché tali mezzi vengano messi effettivamente a sua disposizione.

36. Vanno esaminati due punti che permettono di precisare la portata esatta di tale decisione e quindi la sua applicabilità alla presente causa.

37. Da una parte, la Corte si è pronunciata nella sentenza Ballast Nedam I sull'interpretazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici di lavori, mentre la presente questione pregiudiziale riguarda il diritto comunitario degli appalti pubblici di servizi. Pertanto è legittimo esaminare se ciò che vale per un settore valga anche per l'altro.

38. Le differenze tra le due normative si traducono, nella normativa sugli appalti pubblici di lavori, in riferimenti più espliciti al diritto per gli imprenditori di affidare l'esecuzione degli appalti ad altri operatori [14]. Sebbene esse rafforzino gli argomenti in favore di tale diritto nel settore dei lavori, tali differenze non indeboliscono, a mio avviso, gli elementi suesposti [15] a sostegno del riconoscimento della stessa facoltà a vantaggio degli offerenti nel settore dei servizi.

39. Per negare di trasporre la soluzione della sentenza Ballast Nedam I all'ipotesi di un appalto pubblico di servizi, perché l'oggetto dell'appalto non è lo stesso, bisognerebbe dimostrare che, per loro

12 — 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 (GU L 185, pag. 1), e direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5).

13 — Punto 18, il corsivo è mio.

14 — Secondo la formulazione della direttiva 71/304, «l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici può avvenire a favore di beneficiari che fanno eseguire i lavori tramite agenzie o succursali» (sentenza Ballast Nedam I, punto 10). La direttiva 89/490/CEE del Consiglio 18 luglio 1989, che modifica la direttiva 71/305 (GU L 210, pag. 1), prevede, inoltre, che gli appalti di lavori pubblici «(...) hanno ad oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera, oppure "di fare eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice"» (sentenza Ballast Nedam I, punto 14).

15 — Paragrafi 14-31 delle presenti conclusioni.

natura, le operazioni di servizi si prestano meno delle operazioni di lavori al ricorso da parte dell'offerente a mezzi esterni alla sua impresa.

40. Ebbene, ciò non è stato provato. Del resto, non si comprendano bene le ragioni che imporrebbero che le condizioni tecniche o finanziarie richieste dagli offerenti siano soddisfatte dall'operatore stesso in materia di servizi mentre possono non esserlo nel settore dei lavori. Tali ragioni sono tanto meno evidenti, trattandosi delle prove della capacità finanziaria ed economica di un'impresa, in quanto la garanzia strettamente finanziaria e quantitativa che esse mirano a stabilire è senza relazione con l'oggetto stesso dell'appalto. Quanto alle prove della capacità tecnica del prestatore di servizi, basta rammentare il testo dell'art. 32, n. 2, lett. c), della direttiva 92/50, che permette all'amministrazione di essere informata dell'intervento di tecnici o di organismi tecnici esterni all'impresa del prestatore di servizi. Tale disposizione conferma esplicitamente che, in materia di appalti pubblici di servizi, ci si può richiamare ad apporti esterni di competenza per sostenere l'argomentazione svolta dagli offerenti a sostegno della loro offerta.

41. Pertanto, a mio avviso, sotto tale profilo, la sentenza Ballast Nedam I è pienamente applicabile.

42. Il secondo elemento riguarda la posizione della società offerente riguardo alle società alle cui capacità essa fa riferimento. Come il governo italiano e la Holst Italia hanno osservato, l'offerente, cioè la Ruhrwasser, non esercita influenza dominante sull'impresa titolare delle qualifiche richieste nella presente causa, vale a dire la Ruhrverband. Al contrario, nella sentenza Ballast Nedam I la Corte non aveva mancato di rilevare che la società holding che rivendicava il diritto di presentare l'offerta era la persona giuridica dominante di un gruppo.

43. Se ne potrebbe dedurre che la situazione dominante di un'impresa è una condizione necessaria per il riconoscimento del diritto di una società di richiamarsi a capacità diverse dalle sue. E' evidente, infatti, che più il potere di decisione conferito ad un offerente riguardo ad altre società è esteso, più esso garantisce all'ente aggiudicatore la certezza che i mezzi di queste ultime saranno a disposizione dell'imprenditore per le esigenze dell'appalto.

44. Non ritengo, tuttavia, che la messa a disposizione dei mezzi utili per la buona realizzazione dell'appalto, ma esterni al prestatore di servizi stesso, presupponga necessariamente un rapporto di subordinazione, rispetto all'offerente, delle imprese che detengono le capacità o una parte delle capacità vantate da quest'ultimo. La finalità della direttiva 92/50, come si è visto, richiede una interpretazione favorevole

all'accesso generalizzato delle imprese agli appalti pubblici, purché la loro selezione si faccia in base a una prova delle competenze di cui esse dispongono effettivamente e della solidità delle garanzie che offrono.

45. In tal senso occorre interpretare ed applicare alla presente causa i principi contenuti nella sentenza Ballast Nedam I.

46. La Corte ha precisato che l'esecuzione dei lavori da parte di persone giuridiche distinte dalla società holding alla quale sono affidati non giustifica che quest'ultima venga eliminata dalle procedure di partecipazione agli appalti pubblici. La Corte ha aggiunto che «(...) la natura del vincolo giuridico che intercorre fra [una società] e le [sue] consociate (...)» non andava preso in considerazione [16] e che spettava al giudice nazionale valutare, alla luce degli elementi di fatto e di diritto sottopostigli, se la società abbia provato nella causa principale di disporre effettivamente dei mezzi delle sue consociate [17].

47. E' sorprendente che non si sia menzionato l'interesse che può presentare, per ottenere la garanzia di una messa a disposizione effettiva dei mezzi richiesti dall'autorità competente, il potere di decisione che, a causa della sua posizione di società madre, ha la società holding. Al contrario, l'accento viene messo sulla mancanza di rilevanza, per i fini perseguiti, della sua organizzazione giuridica e sull'autentica posta in gioco costituita dal controllo diretto da parte del giudice dell'effettività di tale messa a disposizione.

48. Tale considerazione al pari degli elementi sopra esposti, tratti sia dagli obiettivi perseguiti dalla direttiva 92/50 che dal suo contenuto, sono in favore dell'estensione della soluzione adottata nella sentenza Ballast Nedam I ai rapporti esistenti fra la Ruhrwasser e la Ruhrverband, anche se tali rapporti di proprietà sono invertiti rispetto alla fattispecie sottopostavi nella citata sentenza e, invece di essere «dominante», la società di cui trattasi è in una posizione di subordinazione.

49. Naturalmente non si tratta di trarre da due situazioni giuridiche così diverse la conclusione che l'amministrazione beneficerà, in un caso come nell'altro, della stessa garanzia di una effettiva messa a disposizione dei mezzi esterni all'impresa offerente.

50. Osservo soltanto che la natura del vincolo giuridico che unisce due imprese non può pregiudicare la realtà della messa a disposizione dei mezzi di cui la direttiva 92/50 consente alle amministrazioni di chiedere la prova. In altri termini, sebbene il giudice nazionale sia libero di considerare che, in ragione delle caratteristiche di tale vincolo o di altre circostanze di fatto e giuridiche proprie della fattispecie, l'amministrazione non abbia la garanzia di beneficiare delle competenze necessarie all'ese-

16 — Sentenza Ballast Nedam I, punto 17.
17 — Ibidem.

cuzione dell'appalto, mi sembra eccessivo ritenere che, in via di principio, il fatto che un'impresa faccia riferimento per rispondere ad una gara d'appalto ai mezzi tecnici, finanziari ed economici di una società alla quale essa appartiene in tutto o in parte le vieti di proporre offerte. Poco importa, insomma, quale sia il metodo utilizzato per garantire una messa a disposizione effettiva da parte dell'offerente dei mezzi e delle garanzie richieste dall'amministrazione, dal momento che tale messa a disposizione può essere verificata.

51. Infatti, nulla permette di sostenere che la natura dei rapporti giuridici tra la Ruhrwasser e la Ruhrverband escluda obbligatoriamente e a priori l'esistenza di obblighi a carico di quest'ultima, di natura statutaria o contrattuale, la cui forza obbligatoria fornirebbe al Comune di Cagliari la garanzia di una messa a disposizione effettiva dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto. La soluzione di tale questione dipende infatti dall'esame dei dati di fatto figuranti agli atti e dagli elementi del diritto nazionale applicabile, sui quali solo il giudice nazionale può effettuare una valutazione.

Sulla valutazione da parte del giudice nazionale di taluni elementi di fatto e di diritto

52. Per accertarsi dell'effettiva messa a disposizione da parte dell'offerente delle capacità esterne alle quali fa riferimento, il giudice a quo è invitato ad effettuare un esame degli elementi di fatto e di diritto che riguardano il contenuto degli accordi eventualmente conclusi tra la Ruhrwasser, la RWG e la Ruhrverband — o tra le due società interessate all'appalto pubblico controverso — o dei rapporti statutariamente stabiliti tra loro, nonché il carattere vincolante del legame giuridico che unisce tali società.

53. La verifica del *contenuto dell'obbligo* esistente tra la società madre e la sua controllata deve permettere di accertarsi che le competenze tecniche e le garanzie finanziarie cui si richiama quest'ultima contribuiranno in modo adeguato alla realizzazione delle operazioni previste per l'esecuzione dell'appalto pubblico.

54. Nella causa principale la prova richiesta dall'amministrazione in materia economica e finanziaria riguarda il livello del fatturato annuo medio nel settore della gestione degli impianti di depurazione e di raccolta delle acque. Tale requisito, che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 31, n. 1, lett. c), della direttiva 92/50, può essere soddisfatto, a mio avviso, soltanto se è provato che l'offerente è in grado di ricorrere in modo significativo ai servizi della società alla quale fa riferimento.

55. Infatti, tale referenza garantisce, nella fattispecie, all'amministrazione il beneficio

di un'esperienza professionale minima, la quale, per essere realmente utile, deve essere direttamente destinata all'esecuzione dell'appalto. Pertanto è essenziale assicurarsi che la società la cui esperienza viene invocata sarà quella che, in mancanza della realizzazione di tutte le operazioni descritte dall'amministrazione, ne assicurerà almeno la direzione, mettendo in tal modo a profitto la sua competenza tecnica [18].

56. Tale ragionamento è trasponibile alla seconda garanzia richiesta dall'amministrazione, che riguarda l'esercizio di una gestione effettiva di un impianto di depurazione di liquami civili per due anni consecutivi nel corso dei tre anni precedenti. Parimenti, il ricorso a tale criterio non ha senso se l'offerente che ha ottenuto l'assegnazione dell'appalto avvalendosi dell'esperienza di un'altra società è in grado di provare che quest'ultima ne garantirà l'esecuzione per una parte significativa.

57. Per valutare l'effettività della messa a disposizione dei mezzi invocati, occorre, in secondo luogo, verificare se lo strumento giuridico utilizzato a tale scopo non solo sia lecito, ma garantisca gli effetti voluti dotandoli di *obbligatorietà* [19].

58. Sarebbe legittimo che il giudice nazionale accerti, ad esempio, se sia stato concluso un accordo, in virtù del quale la società madre si riconosce debitrice di un'obbligazione consistente nel mettere a disposizione della sua controllata un certo numero di mezzi tecnici e di garanzie finanziarie, se tale accordo impegni veramente il debitore e se, in caso di inadempimento, quest'ultimo possa essere convenuto dinanzi ai giudici competenti.

59. Sottolineiamo a tal proposito che il rapporto tra le due società può essere più o meno stretto e l'autonomia economica della controllata rispetto alla sua società madre più o meno grande, secondo il livello di partecipazione dell'una al capitale dell'altra, il che non è senza incidenza sulle

18 — Per completezza, occorre osservare che il giudice a quo non può sempre dare lo stesso peso alle prove prescritte dalla direttiva 92/50, quando esse riguardano un operatore esterno. Così, i dati che riguardano la solidità finanziaria di una società, allorché sono invocati dall'impresa offerente nei confronti dell'amministrazione, difficilmente possono essere considerati come garanzia reale se la società che ha ottenuto l'appalto non è essa stessa economicamente valida. In mancanza di rapporto contrattuale diretto tra l'amministrazione e la società terza, le referenze finanziarie di quest'ultima possono rivelarsi insufficienti a preservare gli interessi dell'ente che aggiudica l'appalto. L'idea di «messa a disposizione effettiva» non ha pertanto le stesse virtù, per quanto riguarda la capacità finanziaria ed economica, e non è sicuro che, in tale circostanza, l'amministrazione abbia interesse a limitarsi a prove esterne all'offerente. Tale sfumatura non può essere senza incidenza sulla libertà delle amministrazioni di ricorrere a questo tipo di garanzia come sull'interpretazione che può essere fatta del diritto comunitario applicabile. Peraltro, è importante conoscere il contenuto degli impegni che vincolano l'impresa offerente all'impresa terza e che possono impegnare quest'ultima nei confronti dell'amministrazione.

19 — Dagli elementi agli atti emerge che la Ruhrverband esercita compiti di servizio pubblico in Germania e non dispone del diritto di esercitare i suoi compiti al di fuori del territorio nazionale. La delimitazione della sua competenza, da cui dipende la sua libertà d'azione, può così servire alla valutazione da parte del giudice nazionale della sua capacità di mettere i mezzi di cui la Ruhrwasser si avvale all'effettiva disposizione dell'amministrazione.

garanzie e sui mezzi di cui beneficia l'amministrazione.

60. E' vero, quando la società madre è all'origine della decisione di rispondere alla gara d'appalto —sebbene quest'ultima sia formalmente assegnata alla controllata —, è poco probabile che essa si rifiuti di mettere a disposizione di questo i mezzi di cui essa dispone.

61. Tuttavia, non si può totalmente escludere che la controllata offerente, allorché è la sola giuridicamente impegnata nei confronti dell'amministrazione, si trovi di fronte ad un mutamento di orientamento da parte della società madre detentrice del potere decisionale.

62. C'è il rischio che l'amministrazione, principale vittima degli effetti imprevisti di un appalto mal eseguito o non eseguito e di fronte all'impossibilità di ottenere dalla sua controparte contrattuale l'esecuzione diligente e soddisfacente dell'appalto o la compensazione finanziaria della mancata realizzazione di quest'ultimo, non possa neanche avvalersi del diritto di agire contro la società madre.

63. Senza pregiudicare i dati del diritto nazionale in materia, è verosimile che l'inadempimento contrattuale non potrà essere constatato né compensato nel caso in cui la società madre, debitrice inadempiente dell'obbligazione di messa a disposizione, sia detentrice del pieno potere decisionale in seno alla sua controllata. Poiché è la sola a disporre del potere di ottenere per via giudiziaria l'esecuzione delle obbligazioni controverse, essa detiene anche quello di annullare i propri impegni. Le garanzie offerte all'amministrazione rischiano quindi di essere soltanto un'apparenza che maschera l'impotenza dell'offerente ad adempiere le obbligazioni dell'appalto.

64. L'inconveniente per l'amministrazione dipende così dal fatto che la società che detiene il potere di decidere della messa a disposizione dei mezzi e delle garanzie necessarie all'appalto e quella che impegna la sua responsabilità di contraente sono due persone giuridiche distinte. Occorre comunque non trascurare il fatto che qualsiasi contenzioso avviato nei confronti della controllata non è senza conseguenze per la società madre.

65. Nella causa principale, al contrario, la Ruhrwasser sembra disporre di una relativa autonomia rispetto alla Ruhrverband poiché — lo ricordo — il suo capitale è ripartito in parti uguali tra sei società di cui una soltanto, la RWG, è integralmente di proprietà della Ruhrverband.

66. Prima di verificare se la Ruhrwasser disponga del potere effettivo di far valere i suoi diritti rispetto alla società madre, il giudice nazionale dovrà accertarsi dell'esistenza di mezzi giuridici in base ai quali l'offerente possa legittimamente affermare di disporre delle capacità a cui fa riferimento.

67. Pertanto, ciò che rileva nella specie è che gli strumenti giuridici che vincolano la Ruhrwasser alla Ruhrverband abbiano una forza giuridica vincolante che consenta all'offerente di essere sicuro di beneficiare dell'aiuto della società madre.

Conclusione

68. Alla luce di tali considerazioni propongo di risolvere nel modo seguente la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna:

«La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che essa non osta a che un'amministrazione tenga conto, per la valutazione dei criteri di selezione delle capacità finanziaria e tecnica cui deve attenersi una società in occasione dell'esame di un'offerta presentata nel corso di una procedura di gara d'appalto organizzata per concedere un servizio pubblico, delle referenze di un'altra società che è l'azionista unico di una delle società che hanno una partecipazione nella prima società citata, purché quest'ultima provi che ha effettivamente la disponibilità dei mezzi della società di cui essa si avvale.

Spetta al giudice nazionale valutare se tale prova sia stata fornita nel procedimento principale.

A tale scopo, il giudice nazionale deve in particolare accertarsi che la società della quale vengono prese in considerazione le referenze sia tenuta a prendere parte adeguatamente, tenuto conto dell'oggetto delle referenze invocate, all'esecuzione dell'appalto pubblico».