



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 5182 del 2013, proposto dalla ditta Gielle di Luigi Galantucci, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Anna Lillo, elettivamente domiciliata in Roma, alla via Cosseria n. 2 (Studio Placidi);

***contro***

ATAC S.p.A. – Azienda per la mobilità del Comune di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Leone e Paola Conio, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Roma, alla via degli Appennini n. 46

***per l'annullamento***

- del provvedimento di esclusione della ditta Gielle, conosciuto con comunicazione fax del 2 maggio 2013, adottato dalla Commissione di aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto misto triennale (servizio+lavori) del servizio di gestione, conduzione, controllo e di lavori di manutenzione ordinaria programmata e straordinaria, interventi per l'adeguamento alle normative vigenti, pronto intervento e l'esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere il completo stato di efficienza delle attrezzature e degli impianti di protezione antincendio presso i siti di ATAC S.p.A. Bando di gara n.65/2012 – in quanto la stessa è risultata non in possesso del requisito di gara prescritto alla lettera a3) Punto III.2.3) del Bando di gara (qualificazione SOA nella categoria di lavori OS3 per classifica almeno IV) e che tale qualificazione non è risultata in possesso neppure della ditta ausiliaria, alla quale si è fatto ricorso con l'istituto dell'avvalimento;
- *in parte qua*, del Bando di gara e del Disciplinare della Procedura e Norme Contrattuali nella parte in cui – per come applicati ed interpretati – limitano l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria o definitiva adottato dalla Amministrazione appaltante anche se mai comunicato, né altrimenti conosciuto;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ancorché non conosciuti, con particolare riferimento ai verbali di gara, in quanto pregiudizievoli all'interesse della parte ricorrente;
- per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato da ATAC S.p.A. – Azienda per la Mobilità del Comune di Roma per l'esecuzione dell'appalto;

**E PER LA DISAPPLICAZIONE**

del comma 6 dell'art.49 del D.Lgs 163/2006 per incompatibilità con i principi dell'ordinamento comunitario europeo e per violazione dell'art. 47 par. 2 e 48 par. 3 della Direttiva Comunitaria 2004/18/CE

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2013 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

ATAC S.p.A. – Azienda per la mobilità del Comune di Roma, ha indetto una procedura aperta a norma del D.Lgs. n.163/2006 per l'affidamento dell'appalto misto triennale servizi/lavori (con prevalenza della componente servizi) del servizio di gestione, conduzione, controllo e di lavori di manutenzione ordinaria programmata e straordinaria, interventi per l'adeguamento alle normative vigenti, pronto intervento e l'esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere il completo stato di efficienza delle attrezzature e degli impianti di protezione antincendio presso i siti di ATAC S.p.A., da esperire con il sistema del *e-procurement*, per l'importo complessivo di € 4.945.780,89 oltre IVA, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso sulla base del massimo ribasso percentuale ai sensi dell'art.82 del D.Lgs. 163/2006.

Nella *lex specialis* veniva specificato che, nell'ambito dell'appalto misto, “sebbene i lavori assumano rilievo superiore al 50%, secondo le specifiche dell'appalto i lavori hanno carattere accessorio rispetto ai servizi che costituiscono l'oggetto principale dell'appalto”.

Quanto ai requisiti di partecipazione, lo stesso bando chiariva l'esigenza del possesso della qualificazione SOA nella categoria di lavori OS3 per classifica almeno IV (fino a 2.582.000,00); precisando, altresì, che “l'eventuale ricorso all'istituto dell'avvalimento è disciplinato dall'art.49 D.Lgs 163/2006 salve le eventuali ulteriori disposizioni presenti sugli atti di Gara”.

La ditta ricorrente partecipava singolarmente alla detta procedura concorsuale, risultando prima classificata nella graduatoria di merito avendo offerto il prezzo più basso.

Gielle allegava la propria attestazione SOA per la categoria OS3, classe III, per un importo di € 1.239.600,00 (compreso l'aumento del quinto); e si avvaleva, giusto contratto di avvalimento, della impresa ausiliaria ITEM OXIGEN s.r.l., in possesso dell'attestazione SOA nella Categoria OS3, classe III-bis, per un importo di € 1.500.000,00: in tal modo ritenendo soddisfatto il possesso del requisito imposto per la partecipazione (ovvero, la qualificazione SOA per la categoria OS3 classe IV – fino a € 2.582.000,00).

Con fax del 2 maggio 2013, la Stazione appaltante comunicava a Gielle il provvedimento di esclusione ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. b) del D.Lgs. 163/2006, in quanto non in possesso del requisito di gara prescritto alla lettera a3), punto 2.3) del Bando di gara (qualificazione SOA nella categoria di lavori OS3 per classifica almeno IV), in quanto tale qualificazione non sarebbe risultata in possesso neppure della ditta ausiliaria, alla quale era stato fatto ricorso con l'istituto dell'avvalimento.

Questi i motivi di doglianza articolati con il presente ricorso:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 49 del codice dell'appalto pubblico (D.Lgs. 163/2006). Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dei principi di matrice comunitaria di libertà di concorrenza e di non discriminazione. Violazione di legge (art. 3 della legge 241 del 1990) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione errata. Eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici ed in specie per

sviamento, perplessità dell'azione amministrativa, malgoverno dei presupposti, non corretto perseguimento dell'interesse pubblico.

Nell'osservare come la legge di gara abbia specificato che nell'ambito dell'appalto in oggetto, sebbene i lavori assumano rilievo superiore al 50%, secondo le specifiche dell'appalto i lavori hanno carattere accessorio rispetto ai servizi che costituiscono l'oggetto principale dell'appalto, assume parte ricorrente che oggetto della procedura di gara indetta da ATAC S.p.A. sia un appalto pubblico di servizi.

Pertanto, sarebbe stato illegittimo l'operato dell'Amministrazione che, a fronte del dimostrato possesso, da parte di Gielle, del requisito di partecipazione con la propria qualificazione OS3 per classifica III e quella OS3 per classifica III bis della impresa ausiliaria, ha affermato di aver accertato l'insussistenza in capo alla ricorrente del requisito di gara prescritto alla lettera a3) punto III.2.3) del bando di gara (qualificazione SOA nella categoria di lavori OS3).

Tale motivazione avrebbe ritenuto non applicabile il cumulo delle qualificazioni (sia pure nel caso di specie solo delle classifiche economiche), con riferimento al divieto di avvalimento da parte di più imprese per ciascuna categoria di qualificazione di cui al comma 6 dell'art. 49 del codice dell'appalto pubblico.

Tale ultima norma non sarebbe, peraltro, applicabile nell'appalto *de quo*, trattandosi di affidamento di appalto pubblico di servizio per il quale l'art. 49 del codice contratti prevede la possibilità per il concorrente di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del codice dell'appalto pubblico (D.Lgs. 163/2006). Violazione e falsa applicazione degli artt. 60 e 61 del Regolamento di esecuzione dei contratti pubblici (D.P.R. 207/2010) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dei principi di buona amministrazione, trasparenza e parità di trattamento.

Nell'osservare come il cumulo tra le sole classifiche sia espressamente ammesso dall'art. 61, comma 2, del Regolamento di esecuzione dei contratti pubblici (D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207) anche nel campo dei contratti pubblici dei lavori, lo stesso principio deve trovare applicazione – secondo quanto dalla parte sostenuto – anche nel caso di avvalimento, non residuando alcuna ragione per diverso trattamento delle due situazioni.

In mancanza di indicazioni restrittive all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento dal parte del bando e del disciplinare, come nel caso di specie, esso avrebbe dovuto essere applicato nella sua massima estensione.

3) Violazione e falsa applicazione della normativa comunitaria. Incompatibilità del comma 6 dell'art.49 del D.Lgs 163/2006 con la normativa comunitaria artt. 47/Par.2 e 48/Par.3 della Direttiva 2004/18 (Capacità economiche e finanziarie – Capacità tecniche e professionali). Disapplicazione. Violazione dei principi di libera e ampia concorrenza e non discriminazione delle piccole e medie imprese.

La normativa nazionale in tema di avvalimento, di cui agli artt. 49 e 50 del Codice dei contratti, è stata modificata con il D.Lgs 152/2008; e disciplina, ora, espressamente l'avvalimento in relazione ai sistemi di attestazione e qualificazione.

La potestà di avvalimento costituisce, secondo la giurisprudenza, un principio di fonte comunitaria di portata generale al quale, pure in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai sensi dell'art.49 comma 1 del D.Lgs 163/2006, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione a gara pubblica.

Una limitazione dell'istituto in discorso verrebbe a dimostrarsi confliggente con il disposto di cui all'art. 47, par. 2, della Direttiva CE 2004/18, nonché con il disposto di cui all'art. 48, par. 3, della stessa Direttiva: in proposito osservandosi come la disciplina comunitaria non rechi alcuna limitazione al ricorso all'avvalimento (e, quindi,

anche al cumulo delle classifiche con le imprese ausiliarie).

Secondo la ricorrente, una disposizione nazionale come l'art. 49, comma 6, del D.Lgs 163/2006, che non vieta del tutto il riferimento alle capacità delle imprese ausiliarie al fine di soddisfare i criteri di selezione, ma che tuttavia impone una restrizione quantitativa non prevista dal diritto dell'Unione Europea, non è compatibile, in quanto tale, con la Direttiva 2004/18: chiedendosi, quindi, che la predetta disposizione nazionale venga disapplicata (o, alternativamente, sottoposta all'esame della Corte di Giustizia UE) per violazione della normativa comunitaria e/o per incompatibilità con la stessa.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Azienda intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questa Sezione accolta con ordinanza n. 2541, pronunciata nella Camera di Consiglio del 26 giugno 2013.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 17 dicembre 2013.

#### DIRITTO

1. Ad integrazione di quanto esposto in narrativa, giova innanzi tutto precisare che la determinazione recante esclusione della Ditta ricorrente dalla procedura selettiva precedentemente indicata – di cui alla comunicazione a mezzo *fax* in data 2 maggio 2013 – trova fondamento nella riscontrata carenza del possesso del requisito di gara prescritto alla lettera a3), punto III.2.3) del bando di gara (qualificazione SOA nella categoria di lavori OS3 per classifica almeno IV); ulteriormente trovandosi esplicitato nell'atto di che trattasi che “tale qualificazione non è risultata in possesso neppure della ditta ausiliaria, alla quale si è fatto ricorso con l'istituto dell'avvalimento”.

La stessa *lex specialis*, al punto e), ha precisato che “l'eventuale ricorso all'istituto dell'avvalimento è disciplinato dall'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 salve le eventuali ulteriori disposizioni presenti sugli atti di gara”, previsione, quest'ultima, pedissequamente reiterata nel “Disciplinare di gara e norme contrattuali” relativo alla procedura selettiva *de qua* (cfr. punto 3.3).

2. La norma di riferimento, quanto all'istituto dell'avvalimento, è, come noto, rappresentata dall'art. 49 del D.Lgs. 13 aprile 2006 n. 163; il quale prevede che “Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”.

Se la proposizione normativa ora riportata consente il ricorso all'istituto in discorso per qualsiasi tipologia di gara (lavori, servizi o forniture), una limitazione delle potenzialità espansive dell'avvalimento è contenuta nel comma 6 dello stesso art. 49, il quale stabilisce che “Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria”.

Va subito osservato, al fine di sgombrare il campo da interferenze interpretative potenzialmente decettive, che non viene in considerazione, nel quadro della sottoposta vicenda contenziosa, l'applicabilità del comma 6 dell'art. 49.

Quand'anche si ritenga che la qualificazione dell'appalto in questione sia riconducibile nel novero dei “lavori” (pur in presenza di una indicazione di bando quale “appalto misto”; e di una precisazione, sempre in seno alla *lex specialis*, del carattere “prevalente” assunto dalla prestazione del servizio ivi descritto, con riveniente

“accessorietà” dei lavori pure richiesti per la gara *de qua*), in ogni caso le limitazioni di cui al riportato comma 6 non operano in ragione del ricorso in avvalimento promosso dall’odierna ricorrente nei confronti di *una sola* impresa ausiliaria.

Né, altrimenti, sono rinvenibili – nell’ambito della sola utilizzabilità dell’avvalimento per i lavori – elementi preclusivi per effetto della lettura delle disposizioni all’uopo dettate agli artt. 60 e 61 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

3. Ciò preliminarmente osservato, per quanto concerne la consistenza della qualificazione SOA in capo alla ricorrente Ditta Gielle, la documentazione versata in atti del giudizio a cura di quest’ultima consente di rilevare che la relativa iscrizione, per la categoria OS3, classe III, è pari ad € 1.239.600,00 (compreso l’aumento di un quinto ai sensi del comma 2 dell’art. 61 del citato D.P.R. 207/2010).

L’impresa ausiliaria – con la quale è intercorso negozio di avvalimento – è rappresentata dalla ITEM OXIGEN s.r.l., che vanta attestazione SOA nella medesima categoria OS3 (ma nella diversa classe III-bis) per un importo pari ad € 1.500.000,00.

È quindi incontroverso che – impregiudicata ogni considerazione in ordine alla cumulabilità delle classifiche fra impresa “principale” ed ausiliaria dalla prima evocata mediante ricorso all’avvalimento (questione in ordine alla quale il Collegio intende soffermarsi *infra*) – la sommatoria delle classifiche di Giemme e di ITEM OXIGEN (€ 1.239.600,00 + € 1.500.000,00) conduce ad un complessivo importo (€ 2.739.600,00) superiore al limite minimo della classifica IV (fissato in € 2.582.000,00 dal comma 4 dell’art. 61 del citato D.P.R. 207/2010), richiesta dal bando di gara ai fini della partecipazione alla procedura concorsuale di che trattasi.

4. Viene, dunque, in considerazione l’indagine – invero centrale, con riferimento al nucleo assertivo fondante delle doglianze articolate con l’atto introduttivo del giudizio; e, ancor prima, alla motivazione recata dalla gravata determinazione di esclusione dalla gara di che trattasi – in ordine ai limiti espansivi dell’istituto dell’avvalimento.

4.1 Va, in primo luogo, dato necessariamente conto della presenza di orientamenti giurisprudenziali restrittivi, volti ad escludere che l’avvalimento operi laddove le imprese – principale ed ausiliaria – non siano, ciascuna, in possesso del requisito di partecipazione in misura integrale.

Viene, in tal senso, confutata la possibilità di cumulare, con l’avvalimento, due attestazioni SOA (entrambe “parziali”) al fine di integrare e raggiungere, mediante sommatoria delle stesse, la più elevata classifica richiesta dal bando (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013 n. 439; e, omogeneamente, Cons. Stato, sez. VI 13, giugno 2011 n. 3565).

In tal senso, è stato ritenuto che l’ausiliario, al fine di legittimare la partecipazione alla gara dell’offerente, debba necessariamente prestare ad esso per l’intero, e per l’importo corrispondente a quanto richiesto dal bando, la qualificazione posseduta in una determinata categoria.

Infatti, come precisato dal richiamato arresto giurisprudenziale, la massima concorrenza deve dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione, che non è a sua volta assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all’oggetto e agli importi di gara, essendo questi richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare un offerta congrua e valutabile (e di fornire, quindi, se aggiudicatario, la migliore prestazione); non comprendendosi, altrimenti, la *ratio* della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo in tal caso il candidato/offerente dimostrare all’amministrazione la disponibilità dei mezzi necessari a provare le capacità richieste per l’esecuzione dell’appalto.

Prosegue la pronunzia in rassegna evidenziando che la finalità dell’avvalimento non è “quella di arricchire la

capacità (tecnica o economica che sia), del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo a requisiti di altri soggetti” (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009 n. 1589), “se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti”, in coerenza con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti.

Né contrasterebbe con tale conclusione la previsione di cui all’art. 49, comma 6, atteso che non potrebbe essere accolta “una interpretazione per cui il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti varrebbe soltanto nel caso dell’avvalimento di più imprese ausiliarie (ai sensi della seconda parte del comma) e non anche in quello di una sola impresa ausiliaria (di cui alla prima parte), essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto possibile, proprio in ragione della pluralità delle imprese ausiliarie e non per quella in cui ci si avvalga di una sola impresa ausiliaria, non essendo altrimenti giustificato un divieto posto soltanto per un caso e non per un altro”.

Una giurisprudenza anche più recente rispetto agli arresti precedentemente riportati (Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013 n. 3310), ha confermato la perdurante presenza di un orientamento restrittivo rispetto alla cumulabilità, mediante avvalimento, di qualificazioni “parziali” in capo alle imprese (principale ed ausiliaria), in ragione degli effetti “distorsivi” che l'ammissione senza limiti dell'avvalimento dell'attestazione S.O.A. sarebbe suscettibile di indurre su un sistema basato sulla certificazione dell'effettivo possesso di determinati standard qualitativi e di requisiti finanziari e di professionalità da parte dell'impresa concorrente o, nel caso di avvalimento, da parte dell'impresa ausiliaria.

In tal senso, “ammettere la mera sommatoria delle attestazioni S.O.A. dell'impresa avvalente e dell'impresa ausiliaria, prescindendo dal fatto che ciascuna di esse sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla selezione, vuol dire vanificare sostanzialmente il sistema delineato dal Legislatore, rendendo possibile che alla procedura partecipi un soggetto privo dei requisiti di qualificazione, che si avvale di un soggetto invece in possesso di tali requisiti”.

Peraltro, la stessa pronuncia da ultimo richiamata dà atto che “nelle gare d'appalto, a fronte di un'evidente *voluntas legis* di garantire la massima espansione del principio dell'avvalimento, l'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 attribuisce alle Stazioni appaltanti, in sede di formulazione della *lex specialis* della procedura, la possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, purché indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti”; sicché, “solo in mancanza di indicazioni (confermative o restrittive) espressamente riportate dal bando, trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 citato, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo” (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013 n. 1772).

4.2 Le posizioni giurisprudenziali precedentemente – quanto diffusamente – riportate, quantunque espressione di una rigorosa coerenza logico-argomentativa, meritano, ad avviso del Collegio, una rieditazione, il cui svolgimento trova significativi elementi di corrispondenza nell’orientamento (significativamente difforme) che altre pronunzie dello stesso Giudice d’appello hanno manifestato nel quadro di una più intensa attenzione per la compatibilità sistemica dell’istituto dell’avvalimento – per come disciplinato ed interpretabile nel quadro dell’ordinamento nazionale – rispetto alla normativa di matrice europea.

Già in epoca non recentissima, talune pronunzie si sono mosse nella direzione di ritenere che l’istituto dell’avvalimento sia di immediata e generale applicazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011 e sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066).

Merita particolare attenzione, in tale quadro, la condivisibile riflessione condotta da Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012 n. 5408.

Tale pronuncia muove dal rilievo comunitario dell'istituto, finalizzato a consentire in concreto la concorrenza, aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico-finanziario e/o tecnico-organizzativo, consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese.

In particolare, gli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, rispettivamente rubricati "Capacità economica e finanziaria" e "Capacità tecniche e professionali" hanno individuato i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la P.A.: e, dopo aver elencato i diversi requisiti richiesti, hanno stabilito che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

L'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che ha trasfuso nell'ordinamento italiano l'art. 48 della Direttiva, ha affermato che il concorrente "... può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

La formulazione del citato art. 49 si rivela, dunque, molto ampia e non prevede alcun divieto, sicché ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica; senza che, in contrario, assuma rilevanza la circostanza che la certificazione di qualità è requisito immanente l'impresa.

La sentenza in rassegna puntualizza, invero significativamente, che "la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa, sì da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459).

In tale ottica, "afferendo la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente all'istituto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del D.Lgs. 163/2006"; e, "poiché la certificazione di qualità è attestata dalla SOA, ed essendo espressamente prevista la possibilità di avvalersi della SOA di altra impresa, deve ritenersi ammesso implicitamente l'avvalimento anche per la certificazione di qualità, che costituisce elemento indispensabile della SOA".

Se, alla stregua di quanto sostenuto nella pronuncia in rassegna, "può affermarsi che tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento", quand'anche la "certificazione di qualità riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale".

Particolare condivisione merita il rilievo secondo il quale "un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di avvalimento si porrebbe ... in contraddizione con la finalità dell'istituto di incentivare la concorrenza, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti": dovendo, pertanto, deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della nuova disciplina.

Anche più di recente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; nonché T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 maggio 2013 n. 783, T.A.R. Veneto, sez. I, 27 maggio 2103 n. 765), è stata confermata l'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità, affermandosi che "nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da

considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto; con la conseguenza che, “afferendo essa alla capacità tecnica dell'imprenditore”, ben può “formare oggetto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163”.

4.3 La preferibilità dell'orientamento del quale si è dato da ultimo conto induce il Collegio a ribadire il convincimento che l'avvalimento sia un istituto di applicazione generale, individuato dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte di Giustizia, Sez. V, 2 dicembre 1999 C-176/98 Holst), codificato dall'art. 48 commi 3 e 4 della Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, e ripreso nell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006.

In base ad esso, gli operatori economici utilizzano requisiti e risorse appartenenti ad altri imprenditori che agiscono nell'ambito della stessa area di mercato, in una logica sostanziata dalla consentita possibilità di ricorrere alle referenze tecniche, organizzative economiche e finanziarie di un altro soggetto economico al fine di dimostrare il possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una selezione pubblica.

Il Legislatore ha, in definitiva, concepito la figura in esame associandola alla specifica ed individuata tipologia di attività che costituisce l'oggetto dell'appalto, per cui nell'ambito del lavoro, fornitura o servizio da affidare, l'impresa concorrente beneficia della capacità vantata da altri operatori e colma il deficit che le impedirebbe di prendere parte al confronto comparativo (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 12 giugno 2012 n. 1088 e 5 maggio 2010 n. 1675).

La consentita possibilità di soddisfare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto, conferma la generalizzata operatività dell'istituto (in ordine alla quale, unitamente ai già richiamati riferimenti, cfr. anche T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 settembre 2012 n. 794), validata – con riguardo alla coerenza di tale convincimento rispetto alla *ratio* ispirativa delle originarie disposizioni di promanazione comunitaria – anche dal rilevato contrasto delle limitazioni originariamente previste dall'art. 49 cit. con le direttive comunitarie in materia di appalti, eliminate con il D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 a seguito dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione con la nota C-2008-0108 del 30 gennaio 2008.

4. Le considerazioni sopra esposte (che trovano ulteriori elementi di conforto nelle indicazioni esplicitate dalla Corte di Giustizia UE con recentissima sentenza della Sezione V in data 10 ottobre 2013 – causa C-94/12) persuadono il Collegio della fondatezza delle argomentazioni esposte con l'atto introduttivo del presente giudizio. Se l'avversata determinazione di esclusione di Gielle dalla gara precedentemente indicata è stata determinata, come dalla motivazione dalla stessa esplicitato, dalla (asseritamente) preclusa integrabilità del requisito della classificazione in classe IV della Categoria di lavori OG3, va dato atto – affermata la piena legittimità del ricorso, da parte della stessa Gielle, all'ausiliaria ITEM OXIGEN s.r.l. ai fini di che trattasi – del raggiungimento della classifica richiesta dalla *lex specialis*.

Disattese pertanto le argomentazioni difensive di ATAC (da ultimo esplicitate con memoria depositata il 30 settembre 2013), alla constatata illegittimità del provvedimento di esclusione impugnato con il presente mezzo di tutela accede, in accoglimento di quest'ultimo, l'annullamento di tale atto.

La disposta sospensione degli effetti dell'atto impugnato – di cui all'ordinanza della Sezione 2541/2013 – esclude la presenza dei presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato, pure sollecitata dalla parte ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione della ditta Gielle, di cui alla comunicazione *fax* del 2 maggio 2013, adottato dalla Commissione di aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto misto triennale (servizio+lavori) del servizio di gestione, conduzione, controllo e di lavori di manutenzione ordinaria programmata e straordinaria, interventi per l'adeguamento alle normative vigenti, pronto intervento e l'esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere il completo stato di efficienza delle attrezzature e degli impianti di protezione antincendio presso i siti di ATAC S.p.A. (Bando di gara n.65/2012)

Condanna ATAC S.p.A. – Azienda per la mobilità del Comune di Roma, al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Ditta Gielle in ragione di € 2.500,00 (Euro duemila e cinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)