



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 74 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ericsson Telecomunicazioni Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso Filippo Satta in Roma, Foro Traiano, 1/A;

contro

Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

delle "Risposte" "1.1" e "6", rese dal Ministero dell'Interno nei "Chiarimenti 2", relativi alla gara d'appalto con procedura ristretta per la realizzazione del Disaster Recovery del Centro Elettronico Nazionale della Polizia di Stato di Napoli deputato alla gestione dei sistemi telematici per il monitoraggio del territorio nelle regioni "Obiettivo Convergenza", pubblicate sul sito Internet dell'Amministrazione il 3 dicembre 2012, nella misura in cui consentono alla stazione appaltante di negare l'ammissibilità del ricorso "all'istituto dell'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso della certificazione di qualità attraverso altra impresa";

nonché, per quanto occorrer possa della sezione III.2.3., punti 3 e 4 del bando di gara, dell'art. 5, par. 2, lett. c), punti 3 e 4 del disciplinare di gara e dell'art. 5, par. 2, lett. d), punto 1 del disciplinare di gara, ove interpretati alla luce delle risposte 1.1. e 6 ai "Chiarimenti 2", e cioè nel senso di escludere che il possesso della certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 9001:2008 Settore EA33 e della certificazione aziendale ISO 14001 possa essere soddisfatto ricorrendo ad avvalimento; del provvedimento del 28 dicembre 2012, prot. 600/PON/ 633 1.1/ 2012.CUB, con il quale il Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione centrale dei servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale - Ufficio P.O.N., ha escluso la Ericsson Telecomunicazioni S.p.A. dalla gara d'appalto per la realizzazione del "Disaster Recovery" del Centro Elettronico Nazionale della Polizia di Stato di Napoli, deputato alla gestione dei sistemi telematici per il monitoraggio del territorio nelle regioni "Obiettivo Convergenza"; di ogni altro atto presupposto, connesso e/ o consequenziale a quelli impugnati, con particolare riferimento ad eventuali prescrizioni che limitino il ricorso all'avvalimento.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2013 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la parte ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, deducendo censure attinenti violazione di legge ed eccesso di

potere sotto diversi profili, rappresentando quanto segue.

Con bando spedito alla GUCE il 31 ottobre 2012, il Ministero dell'Interno - Dipartimento della pubblica sicurezza ha avviato una procedura ristretta ai sensi dell'art. 17, comma 5, d.lgs. n. 208/11 per la realizzazione del Disaster Recovery del Centro Elettronico Nazionale della Polizia di Stato di Napoli, deputato alla gestione dei sistemi telematici per il monitoraggio del territorio nelle regioni "Obiettivo Convergenza" (CIG n. 4622399C50), con importo a base d'asta pari a 21.365.000,00 euro, IVA esclusa.

La lex specialis - alla sezione III.2.3. del bando e all'art. 5, par. 2, lett. c) del disciplinare di gara - individua i "requisiti di carattere tecnico professionale" necessari per la partecipazione alla gara, tra i quali: la "certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 9001:2008 - Settore EA33" (punto 3); la "certificazione aziendale ISO 14001" (punto 4).

Entrambe le certificazioni, in caso di ATI, avrebbero dovuto essere possedute da ciascuna impresa aderente al raggruppamento candidato.

Il disciplinare di gara specifica che il concorrente - singolo, consorziato o raggruppato - può soddisfare "la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto" (cfr. art. 5, par. 2, lett. d), punto 1).

Quindi, tutti i requisiti di carattere tecnico-professionale, senza limitazione, ivi comprese le certificazioni aziendali, avrebbero potuto costituire oggetto di avvalimento ai sensi dell'art. 49, d.lgs. n. 163/2006.

Tuttavia, l'Amministrazione, interrogata sul punto da alcuni operatori interessati a presentare domanda di partecipazione alla procedura, ha fornito in sede di chiarimenti una risposta di segno opposto, affermando che: "Non è ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso della certificazione di qualità attraverso altra impresa (v. parere n. 6 del 08/02/2012 dell'AVCP)" (cfr. "Risposta 1.1." per la certificazione ISO 14001 e "Risposta 6" per

la certificazione UNI EN ISO 9001:2008 - Settore EA33, "Chiarimenti 2" del 3 dicembre 2012).

Ericsson Telecomunicazioni S.p.A., in qualità di impresa interessata a partecipare alla procedura ristretta, il 7 dicembre 2012 ha indirizzato una nota all'Amministrazione, con la quale ha chiesto di "ritirare/annullare i chiarimenti forniti, mantenendo fermo il contenuto della legge di gara che consente il ricorso all'istituto dell'avvalimento per i requisiti di capacità tecnica, tra cui appunto, la certificazione di qualità", con l'espresso avvertimento che "in difetto si adirà la competente autorità giudiziaria per richiedere la rimozione delle denunciate illegittimità". La Società ha altresì invitato la stazione appaltante a "prorogare il termine per la presentazione delle domande di partecipazione, in modo da consentire alle imprese che intendono partecipare alla selezione di presentare una domanda conforme alle prescrizioni di gara").

Essendo state disattese tali richieste e ritenendo erronee le determinazioni assunte dall'Amministrazione, la parte ricorrente ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio, avanzando le domande indicate in epigrafe.

Ericsson Telecomunicazioni S.p.A. (in qualità di mandataria del costituendo RTI con G.D. GRAFIDATA S.r.l., SIMAV S.p.A. e BIPBusiness Integration Partners S.p.A.) ha, comunque, presentato domanda di partecipazione alla gara, allegando le dichiarazioni ed i contratti di avvalimento relativi alle certificazioni ISO 14001 e UNI EN ISO 9001:2008 - settore EA33.

Ma, con provvedimento del 28 dicembre 2012, prot. 600/PON/6331.1/2012.CUB, il Ministero dell'Interno l'ha esclusa dalla gara d'appalto.

Con motivi aggiunti, ritualmente notificati, la parte ricorrente ha impugnato anche il provvedimento di esclusione.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso ed ha sostenuto l'infondatezza delle censure proposte dalla parte

ricorrente.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza dell'11 aprile 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio, preliminarmente, respinge le eccezioni di inammissibilità del ricorso proposte dall'Amministrazione resistente.

In rito, la difesa erariale ha osservato che l'offerta esclusa è stata presentata da una costituenda ATI e, quindi, il ricorso avrebbe dovuto essere proposto da tutte le imprese destinate a farne parte, posto che solo dopo la costituzione dell'associazione, con le modalità di cui all'art.37, commi 14 e 15, d.lgs. n. 163/2006, al mandatario spetta la rappresentanza, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante.

Inoltre, sempre a parere della difesa erariale, il ricorso introduttivo del giudizio sarebbe da considerare inammissibile in quanto proposto avverso un atto (i chiarimenti) privo di lesività immediata e diretta degli interessi della ricorrente e della costituenda ATI.

A parere del Collegio, la prima delle eccezioni di inammissibilità risulta infondata in quanto, in caso di esclusione di una costituenda ATI da una gara pubblica, non è indispensabile che il ricorso sia proposto da tutti gli operatori economici facenti parte del costituendo raggruppamento.

Infatti, anche se prima della costituzione del raggruppamento, la mandataria è priva della rappresentanza, anche processuale, delle mandanti, Ericsson è da ritenere legittimata ad impugnare in proprio gli atti della procedura di gara, posto che ciascuna delle imprese associate ha un interesse legittimo proprio e distinto da quello delle altre, tutelabile anche in sede giudiziaria, a che il raggruppamento

consegua l'aggiudicazione o venga riammesso alla gara per coltivare una nuova possibilità di aggiudicazione, in quanto, la promessa di costituirsi in ATI resta e vincola le imprese che non hanno agito in giudizio, in caso di esito favorevole del contenzioso. Si tratta, in sostanza, di una sorta di condizione risolutiva, sicché la legittimazione ad agire in giudizio va riconosciuta in capo all'impresa singola facente parte di una A.T.I., sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato n. 485/2013, n. 2679/2012; n. 7525/2010).

Altrettanto infondata è la seconda eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto il bando ed il disciplinare di gara, come interpretati in base agli impugnati 'chiarimenti' forniti dall'Amministrazione, risultavano immediatamente lesivi in quanto impeditivi della possibilità di presentare un'offerta valutabile, come confermato dal fatto che l'offerta della parte ricorrente è stata immediatamente esclusa dalla procedura selettiva per le ragioni sopra descritte.

2. Passando a considerare il merito della controversia, si rileva che avverso i provvedimenti impugnati la parte ricorrente ha proposto – con il ricorso introduttivo del giudizio e con memoria recante motivi aggiunti datata 23.1.2013 - i motivi di ricorso di seguito indicati.

I) - Violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 70, comma 3, d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi di pubblicità e trasparenza; violazione dei principi di libera concorrenza e favor participationis.

I chiarimenti del 3 dicembre 2012 modificano in modo sostanziale la legge di gara, introducendo, di fatto, una nuova "condizione di partecipazione" alla procedura selettiva, originariamente non prevista dalla lex specialis: il divieto di ricorrere all'istituto dell'avvalimento e, conseguentemente, la necessità di possedere in proprio le certificazioni ISO 14001 e UNI EN ISO 9001:2008 - settore EA33.

Ciò, tra l'altro, è avvenuto in assenza di adeguate forme di pubblicità in quanto i chiarimenti sono stati pubblicati solo sul sito Internet del Ministero dell'Interno,

violando l'art. 70, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, applicabile al caso di specie in virtù del rinvio di cui all'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 208/2011.

Tale disposizione fissa un termine minimo per la presentazione delle domande di partecipazione/offerte che, con particolare riguardo alle procedure ristrette, "non può essere inferiore a trentasette giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara" (comma 3).

Questo termine minimo, nel caso di specie, non è stato rispettato in quanto il bando è del 3 novembre 2012 mentre i "Chiarimenti 2" sono stati pubblicati il 3 dicembre 2012, sicché, l'originario termine di 37 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione (con scadenza al 10.12.12) avrebbe dovuto essere prorogato.

Sul punto, va rilevato che non assume particolare rilievo il fatto che i chiarimenti siano stati pubblicati anche sugli altri siti istituzionali indicati negli atti di gara (come rilevato dalla Stazione appaltante)

II) - Violazione dell'art. 5, par. 2, lett. d), punto 1 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 48 della Direttiva 2004/18/CE; violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi di concorrenza e di libera circolazione dei servizi e di favor participationis; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta; eccesso di potere per illogicità della motivazione; eccesso di potere per disparità di trattamento.

Il divieto di ricorrere all'avvalimento per la prova delle certificazioni ISO 14001 e UNI EN ISO 9001:2008 - settore EA33 si pone in contrasto con la normativa europea (art. 48 direttiva 2004/18/CE) e nazionale (art. 49, d.lgs. n. 163/2006) che regolano l'istituto.

L'art. 48 della Direttiva 2004/18/CE - rubricato "Capacità tecniche e professionali", prevede, al comma 3, che "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi". La

norma, di evidente portata generale non fa alcuna distinzione nell'ambito dei requisiti tecnico professionali, limitandosi a prescrivere all'impresa che si avvale della capacità altrui di provare "all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie". Analoga disciplina riguarda le ATI in quanto il comma 4 del citato articolo 48 stabilisce che "alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori ... può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti".

Per il legislatore europeo, dunque, tutti i requisiti tecnico-professionali - ivi comprese le certificazioni di qualità aziendale - possono costituire oggetto di avvalimento. A conferma di ciò, il comma 2, lett. j-ii) dell'art. 48 prevede che l'operatore possa provare la propria capacità tecnica "per i prodotti da fornire" mediante "certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità", i quali, alla stregua del citato comma 3 possono essere oggetto di avvalimento.

A livello nazionale, l'art. 49 del codice dei contratti pubblici stabilisce 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".

Anche in questo caso, l'avvalimento viene considerato lo strumento mediante il quale ampliare il numero dei concorrenti, consentendo ad un'impresa di ricorrere ad un soggetto estraneo alla gara per acquisire le potenzialità tecniche, finanziarie ed economiche di cui necessita per poter svolgere il servizio, la fornitura o il lavoro chiesto dall'amministrazione.

Il disciplinare di gara, nel prevedere che i concorrenti possano ricorrere all'avvalimento per acquisire e dimostrare il possesso di tutti i requisiti - materiali (mezzi, attrezzature, forza lavoro) e immateriali (capacità economica-finanziaria,

fatturato, attestazione SOA e certificazioni di qualità) - ha correttamente interpretato la ratio dell'istituto e risulta conforme alla normativa comunitaria e nazionale.

Il divieto introdotto in sede di chiarimenti, invece, introduce una restrizione ingiustificata ed illegittima, violando le norme richiamate ed i principi di libera concorrenza, libera circolazione dei servizi e favor participationis.

Non appare condivisibile, quindi, il parere n. 6/2012 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (richiamato dalla Stazione appaltante) secondo cui le certificazioni di qualità non rientrerebbero né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziaria, né tra quelli relativi alla capacità tecnico-organizzativa, bensì tra i requisiti soggettivi dell'impresa, non "cedibili" mediante avvalimento.

In senso contrario a quanto affermato dall'AVCP, del resto, si è espressa la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, n. 5408 del 23 ottobre 2012, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066; Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 luglio 2012, n. 1534; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 9 luglio 2012, n. 3282), riconducendo la certificazione di qualità tra i requisiti di carattere tecnico-organizzativo che possono essere oggetto di avvalimento.

III. Violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 5, par. 2, lett. d), punto 1 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, con conseguente nullità della clausola in base alla quale i soggetti che non possiedono in proprio la certificazione di quanta devono essere esclusi dalla partecipazione alla procedura de qua; violazione dei principi di concorrenza, di libera circolazione dei servizi e parità di trattamento; violazione del principio del favor participationis; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e illogicità.

Con i chiarimenti del 3 dicembre 2012 il Ministero dell'Interno ha introdotto una nuova causa di esclusione, contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, in base al quale alla

stazione appaltante non è consentito introdurre cause di esclusione nuove e diverse da quelle "tipiche", ossia previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti.

Essa, inoltre, introduce una indebita limitazione alle possibilità di accesso alla gara, in aperto contrasto con il principio della massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

IV) Violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 5, par. 2, lett. d) del disciplinare di gara; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti; eccesso di potere per difetto di istruttoria; eccesso di potere per illogicità della motivazione; eccesso di potere per sviamento; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006.

La stazione appaltante ha escluso dalla gara la parte ricorrente, oltre che per aver fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso delle certificazioni inerenti la garanzia di qualità, a causa dell'asserita irregolarità della dichiarazione di "messa a disposizione" del requisito avvalso (certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008), sottoscritta dal procuratore della Società Pride S.p.A. - Avv. Maurizio Ghergo - in favore di Ericsson, in quanto "La Soc. ausiliaria PRIDE ha omesso di allegare la procura speciale per l'attribuzione dei poteri di rappresentanza legale a favore del firmatario".

Anche tale motivo di esclusione si rivela illegittimo se si considera che, unitamente alla istanza di partecipazione alla procedura selettiva è stato presentato il certificato di iscrizione di Pride alla Camera di Commercio di Roma, nel quale sono indicati sia gli estremi della procura conferita all'Avv. Ghergo, sia i poteri rappresentativi di cui egli gode stabilmente nell'ambito della Società.

Peraltro, nel disporre l'esclusione del RTI ricorrente per omessa allegazione della procura conferita all'Avv. Ghergo, la Stazione appaltante ha violato il principio di

tassatività delle cause di esclusione di cui al comma 1-bis dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006, in quanto la carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta non integra una delle cause legali tassative che legittimano l'esclusione dalle gare d'appalto (Cons. Stato, Sez. V, ord. 12 ottobre 2011, n. 4496; TAR Abruzzo, l'Aquila, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 304).

Comunque, anche se la Stazione appaltante avesse voluto chiarire la circostanza inerente i poteri rappresentativi dell'Avv. Ghergo, avrebbe potuto e dovuto chiedere chiarimenti e integrazioni ex art. 46, d.lgs. n. 163/2006.

3. L'Amministrazione resistente ha prodotto note, memorie e documenti per sostenere l'inammissibilità del ricorso e l'infondatezza delle censure avanzate dalla parte ricorrente.

In particolare, richiamando il parere dell'AVCP n. 6/2012 e la determinazione della medesima Autorità in data 1.8.2012, e sviluppando gli spunti di riflessione ivi contenuti, la difesa erariale ha controdedotto in modo articolato alle doglianze di parte ricorrente contenute nel ricorso e ribadite nella memoria recante motivi aggiunti, affermando la correttezza dell'operato della Stazione appaltante.

4. Il Collegio rileva che l'Amministrazione, con nota prot. 600/PON/633 1.1/2012.CUB, ha comunicato alla ricorrente - in qualità di mandataria del RTI ERICSSON S.p.A./GD GRAFIDATA S.r.l./SIMAV S.p.A./BIP S.p.A. - l'esclusione del raggruppamento dal prosieguo della gara per "difformità rispetto alla normativa di riferimento ed ai requisiti stabiliti dalla Stazione appaltante all'art. 5 del Disciplinare di gara".

In particolare, il Ministero, richiamandosi ai "Chiarimenti 2", ha motivato l'esclusione nei seguenti termini: "1. La società ERICSSON S.p.A., al fine di soddisfare il requisito previsto all'art. 5, punto 2, lett. e), n. 3, del Disciplinare di gara (certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008) di cui è carente, si avvale dell'ausilio della soc. PRIDE (società controllata al 100% dalla stessa Ericsson)". Tuttavia: "[...] b. la Stazione appaltante, con documento "CHIARIMENTI 2", in

risposta alla Domanda 1.1, ha precisato che non è ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso delle certificazioni inerenti la garanzia di qualità di cui all'art. 43 del D.Lgs. n. 163/2006, anche in ossequio al condiviso parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) emesso, da ultimo, in data 1° agosto e 10 ottobre 2012 [..].

Inoltre, proprio in relazione alla dichiarazione di "messa a disposizione" del requisito di Pride, la stazione appaltante ha rilevato la mancata allegazione della "procura speciale per l'attribuzione dei poteri di rappresentanza legale a favore del firmatario".

Analoghe considerazioni sono state svolte con riferimento alle mandanti GRAFIDATA e BIP, che hanno soddisfatto "la richiesta di possesso della certificazione standard di gestione ambientale ISO 14001, inerente anch'essa la garanzia di qualità ex art. 43 del D.Lgs. n. 163/2006, prevista all'art. 5, punto 2, lett. c), n. 4, del Disciplinare di gara, mediante il ricorso all'avvalimento, rispettivamente, dalle società ausiliarie INNO VERY e I&T Servizi". La stazione appaltante ha infatti precisato che "il possesso di tale certificazione, così come chiarito dalla Stazione appaltante con la già citata risposta alla Domanda 1.1 del documento "CHIARIMENTI 2", non può essere oggetto di avvalimento".

5. Le censure di parte ricorrente aventi ad oggetto il primo motivo di esclusione dalla gara sono infondate.

5.1. Anzitutto, va disattesa la censura con la quale la ricorrente ha contestato all'Amministrazione di aver modificato il bando di gara, violando l'art. 70, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, applicabile al caso di specie in virtù del rinvio di cui all'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 208/2011, in quanto, a seguito dei contestati 'chiarimenti', sarebbe stato necessario concedere un congruo termine ai concorrenti per presentare le proprie offerte.

Sul punto va osservato che l'Amministrazione non ha apportato modifiche alle previsioni del bando e del disciplinare di gara, essendosi limitata ad interpretare le

clausole ivi contenute (come emergerà più avanti dall'esame delle altre censure proposte dalla ricorrente).

A tale considerazione, di per sé sufficiente per respingere la censura, va aggiunto che (come correttamente affermato dalla difesa erariale) anche se il costituendo RTI Ericsson avesse avuto più tempo a disposizione per presentare la propria offerta, comunque, non sarebbe stato in grado di dotarsi del requisito mancante, dato dalle certificazioni di qualità previste dalla *lex specialis*.

5.2. Passando a considerare il punto centrale della controversia, il Collegio è a conoscenza dell'orientamento giurisprudenziale citato dalla parte ricorrente, che riconduce la certificazione di qualità tra i requisiti di carattere tecnico-organizzativo che possono costituire oggetto di avvalimento (Cons. Stato, Sez. V, n. 5408 del 23 ottobre 2012, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066; Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 luglio 2012, n. 1534; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 9 luglio 2012, n. 3282), seguito da questa Sezione in qualche precedente occasione, ma ritiene di dover mutare indirizzo e preferire la tesi affermata dall'AVCP con det. n. 2 dell'1.8.2012, per le ragioni di seguito espresse.

Come correttamente rilevato dalla difesa erariale, l'art. 5, punto 2, lettera d), del disciplinare di gara ha regolato il ricorso all'avvalimento richiamando l'art.49 del d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che tale istituto consente di "soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA" (oggetto degli artt. 40, 41 e 42), ma non per dimostrare il possesso della garanzia di qualità e le norme di gestione ambientale (disciplinate dagli artt. 43 e 44).

Ciò risulta in linea con la disciplina comunitaria (Direttiva 2004/18/CE), che regola i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale agli artt. 47 e 48, nel cui ambito trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, prevedendo che un operatore economico o un raggruppamento di operatori

economici, può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; in tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi e delle risorse necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (cfr. art. 47, commi 2 e 3, in relazione alla capacità economico-finanziaria, e l'art. 48, commi 3 e 4, relativamente alle capacità tecniche e professionali).

Diverse sono le disposizioni che attengono alla garanzia della qualità ed alla gestione ambientale (artt. 49 e 50 della Direttiva 2004/18/CE), che non prevedono una analoga facoltà di ricorso all'avvalimento.

Tali considerazioni inducono a condividere l'orientamento dell'AVCP espresso con det. n. 2 dell'1.8.2012 (in linea con precedenti pareri: AVCP n. 254 del 10 dicembre 2008; AVCP n. 64 del 20 maggio 2009; AVCP n. 80 del 5 maggio 2011; AVCP n. 97 del 19 maggio 2011), con la quale è stato affermato che: "... l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità. ... si ritiene di confermare la posizione già espressa dall'Autorità nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità. Al riguardo, in primo luogo, si osserva che il legislatore italiano, nel recepire l'istituto dell'avvalimento all'art. 49 del Codice, ha riconosciuto allo stesso la medesima portata attribuitagli dal diritto comunitario. La norma nazionale, infatti, come quella comunitaria, ne circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo ovvero alla certificazione SOA. Pertanto, l'avvalimento ha portata generale solo nel perimetro sopra evidenziato, tanto è vero che dottrina e giurisprudenza non hanno mai messo in dubbio l'inapplicabilità dell'avvalimento ai

requisiti di ordine generale, tradizionalmente definiti di ordine pubblico o di moralità. Sotto questo profilo, si sottolinea che la certificazione di qualità non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del Codice, ma risulta disciplinata da un altro articolo del Codice, l'art. 43. In secondo luogo, si rappresenta che tale articolo qualifica in termini sostanziali la certificazione in esame come attestazione dell'“ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità”. Le norme a cui fa riferimento la predetta disposizione sono quelle identificate a livello europeo con l'acronimo ISO 9001 che definiscono i principi che l'imprenditore deve seguire nel sistema di gestione per la qualità dell'organizzazione, ma non disciplinano il modo in cui l'imprenditore deve realizzare le proprie lavorazioni. La certificazione di qualità ISO 9001 non copre, quindi, il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma testimonia semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi. Ciò permette di assimilare la certificazione di qualità ad un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico “status” dell'imprenditore: l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità. In terzo luogo, occorre considerare che il legislatore ha stabilito una disciplina differenziata per gli appalti di servizi e forniture, da un lato, e per gli appalti di lavori, dall'altro. Nell'ambito dell'avvalimento, ... l'art. 49, comma 6, del Codice, in estrema sintesi, prevede che i requisiti che concorrono al rilascio dell'attestazione SOA non possono essere oggetto di utilizzo frazionato. Ciò può considerarsi un riflesso della scelta operata dal legislatore di costruire un meccanismo di qualificazione alle gare, basato sull'attestazione preliminare ed astratta dell'idoneità dell'impresa (distinta per

categorie e classifiche), che mal si concilia con l'idea della suddivisione dei requisiti tipica dell'avvalimento. L'attestazione SOA è considerata sempre un inscindibile elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti, che può essere oggetto di avvalimento nella sua totalità. Inoltre, la attestazione SOA è, secondo quanto previsto da Codice e Regolamento, condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle gare. Poiché la certificazione di qualità rientra nel complesso dei requisiti necessari per il rilascio dell'attestazione SOA5, se ne deduce che consentire l'avvalimento della sola certificazione di qualità, disgiunta dall'avvalimento della SOA, finirebbe per tradursi nella legittimazione di un frazionamento dei requisiti, in aperto contrasto con la ratio che permea l'art. 49, comma 6, del Codice. Né può, in senso contrario, osservarsi che, così argomentando, si creerebbe una disparità di trattamento tra il settore dei lavori e quello dei servizi e delle forniture (ove è invece permesso il frazionamento dei requisiti non esistendo un sistema di qualificazione centralizzato), in quanto, come rilevato, è proprio il legislatore ad avere introdotto regole diverse.”.

Del resto, lo stessa giurisprudenza favorevole al ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso della certificazione della qualità, non ha potuto fare a meno di osservare – a fronte dell'astratta operatività generale dell'avvalimento - che “non può essere trascurata l'evidente difficoltà pratica di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività”, concludendo nel senso che “è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali

qualificanti)” (Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Al riguardo, come osservato dall’AVCP con Parere n.6 del 08/02/2012, “è del tutto evidente ... che se, in concreto, l’impresa ausiliaria che presta la propria certificazione di qualità fosse obbligata a mettere a disposizione dell’ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità, l’impresa principale (quella ausiliata) sarebbe titolare solo formalmente del rapporto contrattuale con l’ente appaltante, assumendo, la funzione di intermediario o, al massimo, quella di supervisione e di coordinamento dell’attività dell’impresa ausiliaria. Ciò, invero, produrrebbe una scissione tra la titolarità formale del contratto e la materiale esecuzione dello stesso, che sarebbe la logica conseguenza della carenza, in capo all’impresa concorrente (e titolare del contratto), dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, per eseguire la prestazione. Tale risultato, però, è in evidente contrasto con l’art. 49, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006 secondo cui il contratto è eseguito in ogni caso dall’impresa che partecipa alla gara e l’impresa ausiliaria può solo assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati, nonché in conflitto con l’art. 118 del Codice che fissa dei limiti ben precisi alla quantità di prestazioni subappaltabili, non essendo ammissibile il subappalto dell’intera prestazione dedotta nel contratto d’appalto, e con l’art. 1655 c.c. in quanto l’avvalente, nella prospettata ipotesi di messa a disposizione dell’intera organizzazione aziendale dell’impresa ausiliaria, verrebbe in realtà ad eseguire il contratto di appalto senza assumere ‘l’organizzazione dei mezzi necessari’ propria del singolo appaltatore.”.

In sostanza, alla luce del complesso delle considerazioni di cui sopra, il Collegio ritiene preferibile interpretare l’art. 49 del codice dei contratti pubblici nel senso che l’avvalimento della certificazione di qualità non sia consentito ad eccezione delle ipotesi in cui la stessa sia compresa nell’attestazione SOA.

A conferma di tale conclusione, va rilevato che nel caso di specie è pacifico che la

ricorrente e le mandanti della costituenda ATI abbiano dichiarato di volersi avvalere delle certificazioni possedute dalla PRIDE, mentre le prestazioni oggetto di appalto sarebbero state eseguite dalle imprese facenti parte del costituendo raggruppamento.

Ora l'Amministrazione ha inserito tra i requisiti essenziali di partecipazione, le certificazioni di qualità UNI EN ISO 9001:2008 - Sett.E A33 allo scopo di assicurare che le attività contrattualmente previste, caratterizzate da un alto livello tecnologico, fossero svolte da parte dell'appaltatore secondo rigorosi e definiti modelli di qualità certificati con riferimento diretto all'appaltatore medesimo da un'organizzazione esterna riconosciuta a livello internazionale.

Ma se la certificazione di qualità è posseduta da determinato operatore economico (che non partecipa alla gara come concorrente), mentre le prestazioni sono eseguite da un'altra impresa (facente parte della costituenda ATI concorrente), è chiaro che l'obiettivo avuto di mira dalla Stazione appaltante – di assicurare che le particolari prestazioni contrattualmente previste siano svolte dall'appaltatore seguendo modelli di qualità certificati - non può dirsi raggiunto.

5.3. Vanno, invece, accolte, le censure attinenti al secondo motivo di esclusione dalla gara, concernenti la dichiarazione di "messa a disposizione" del requisito di Pride, in relazione al quale la Stazione appaltante ha rilevato la mancata allegazione della "procura speciale per l'attribuzione dei poteri di rappresentanza legale a favore del firmatario".

L'Amministrazione, infatti, ha escluso dalla gara la parte ricorrente, oltre che per aver fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso delle certificazioni inerenti la garanzia di qualità, a causa dell'asserita irregolarità della dichiarazione di "messa a disposizione" del requisito avvalso (certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008), sottoscritta dal procuratore della Società Pride S.p.A. - Avv. Maurizio Ghergo - in favore di Ericsson, in quanto "La Soc. ausiliaria PRIDE ha omesso di allegare la procura speciale per

l'attribuzione dei poteri di rappresentanza legale a favore del firmatario".

Al riguardo, va rilevato che, unitamente alla istanza di partecipazione alla procedura selettiva, è stato presentato il certificato di iscrizione di Pride alla Camera di Commercio di Roma (cfr. doc. 7 parte ricorrente), che ha valore legale ed è idoneo a comprovare i poteri rappresentativi dei soggetti ivi menzionati (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3926) -, nel quale sono indicati gli estremi della procura conferita all'Avv. Ghergo ed i suoi poteri rappresentativi, esercitati "con firma singola" e senza alcun limite di valore: - "rappresentare la società avanti ogni ufficio ed ente sta tale o parastatale, inclusi i Ministeri ..."; - "effettuare offerte, concorrere a gare e ad appalti, stabilire i termini e le modalità delle forniture, sottoscrivere i relativi contratti ..., di fare, a richiesta degli enti richiedenti, dichiarazioni ai sensi delle vigenti leggi ..., di fare qualsiasi altra dichiarazione ..., assumere per gli atti, gli incumbenti e le pratiche tutte di cui al presente mandato la veste e le funzioni di rappresentante legale della società mandante" (cfr. pagg. 27 e 28).

Peraltro, se la Stazione appaltante avesse voluto chiarire la circostanza inerente i poteri rappresentativi dell'Avv. Ghergo, avrebbe potuto e dovuto chiedere chiarimenti e integrazioni ex art. 46, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, inducendo l'operatore economico a depositare la procura conferita all'Avv. Ghergo, anziché disporre immediatamente l'esclusione del RTI.

Nella fattispecie, infatti, avendo il concorrente fornito (almeno) un principio di prova (producendo la certificazione CCIAA), sarebbe stato doveroso esercitare il c.d. potere di soccorso (richiedendo la procura conferita all'Avv. Ghergo), al fine di chiarire il contenuto di un documento già presente.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato e debba essere respinto, poiché la prima delle ragioni di esclusione sopra indicata è sufficiente per ritenere legittimo l'operato della Stazione appaltante.

7. Sussistono gravi ed eccezionali motivi – legati alla particolarità della vicenda e

delle questioni trattate – per compensare le spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo respinge;
- dispone la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

Antonella Mangia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/04/2013

IL SEGRETARIO

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