

N. 04145/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02160/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso nr 2160/2011- R.G. proposto dal Consorzio IAS, in persona del l.r. p.t., rappresentato e difeso dagli avv. G.Pesce e E. Cerchi presso il cui studio, in Roma, Piazza Fontanella Borghese n.3, è elettivamente domiciliato;

contro

Laziodisu, Ente pubblico dipendente per il diritto agli studi universitari nel Lazio, in persona del l.r. p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato;

per l'annullamento

- del provvedimento in data 3.2.2011 col quale Laziodisu ha escluso il Consorzio IAS dalla gara per l'aggiudicazione del servizio di pulizia, suddiviso in tre lotti, da espletare presso Laziodisu e Adisu di Roma per il periodo di 36 mesi;
- del disciplinare di gara nei limiti in cui venga interpretato nel senso di circoscrivere la facoltà dei consorzi stabili di avvalersi del requisito relativo alla fascia di classificazione prevista dall'art.3 del d.m. n.274 del 1997;

- per gli stessi motivi, occorrendo, del citato d.m.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Laziodisu;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 21.4.2011 la relazione del Consigliere Pietro Morabito ed uditi gli avvocati di cui al verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Il Consorzio ricorrente, che è un consorzio stabile ex art. 34 c.1 lett.c) del d.lgs. n.163 del 2006 (di seguito anche: Cod. App.), è stato escluso dalla gara, indetta da Laziodisu con bando del 14.6.2010 (non unito in atti), per l'aggiudicazione del servizio di pulizia da espletare per 36 mesi.

La lex specialis di gara:

- richiedeva, a pena di esclusione, fra i requisiti per la partecipazione alla gara, (pag.6 disciplinare) *“l’iscrizione all’apposito registro ..., come impresa di pulizia ai sensi dell’art.1 del d.m. n.274/1997, con appartenenza alla fascia di classificazione “f” di cui all’art.3 del citato decreto”* : requisito non posseduto dal Consorzio IAS in quanto costituito solo nel 2009 e quindi non ancora iscrivibile ai sensi dell’art.3 c.2 del menzionato d.m. che assegna ad ogni impresa una data classifica sulla base del volume di affari realizzato mediamente nell’ultimo triennio o nel minor periodo di attività, *“comunque non inferiore a due anni”*;
- richiamava l’attenzione sulla prescrizione, riservata ai soggetti di cui all’art.34 c.1, lettere “b” e “c” del Cod. App. (e dunque riservata anche ai consorzi stabili concorrenti), che il requisito (sopra specificato) relativo all’iscrizione nel registro delle imprese (pag.8 disciplinare) doveva *“essere posseduto dal consorzio stesso”*.

Tanto premesso (e rilevato che, con l'eccezione del disciplinare, nessuno degli atti di gara è stato esibito da parte ricorrente), in sede di offerta il Consorzio IAS dichiarava, in ossequio alla prescrizione dell'art.5 del disciplinare e dell'art.36 c.5 del Cod. App., di concorrere per la propria consorziata Eurogroup. Peraltro, e nonostante detta consorziata era in possesso dell'iscrizione ad una fascia di classificazione ("i") più elevata di quella richiesta dalla lex specialis ("f"), il Consorzio IAS, al fine di soddisfare il requisito sopra specificato (e cioè l'iscrizione nel registro delle imprese *con appartenenza alla fascia di classificazione "f"*) dichiarava, come in gravame riportato, di << *voler partecipare alla gara ricorrendo all'istituto dell'avvalimento con una delle proprie consorziate, nella specie la società "La Tecnica" parimenti in possesso della fascia di classificazione di cui al predetto d.m. per la categoria massima ("l")*>>.

Di seguito all'apertura della Busta "A", contenente i documenti prescritti per la partecipazione alla gara [fra i quali erano da includere quelli richiesti nel caso che il concorrente, in possesso solo parzialmente dei requisiti di ordine speciale prescritti dal bando di gara (così disciplinare pag.20), intendesse integrarli avvalendosi dei requisiti di altro soggetto], il Consorzio IAS veniva escluso in quanto, testualmente, *"ai sensi dell'art.49 del Codice dei contratti, l'istituto dell'avvalimento può essere soddisfatto relativamente ai requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo. La fascia di classificazione prevista dall'art.3 del d.m. n.274/1997 è un requisito generale e pertanto in caso di partecipazione alle gare il suddetto requisito deve essere in capo al Consorzio"*.

Tale provvedimento (ed, all'occorrenza, gli atti ulteriori indicati in epigrafe) sono stati impugnati con il ricorso introduttivo dell'odierno giudizio, affidato a quattro articolati mezzi di gravame il cui scrutinio trova collocazione e svolgimento nella parte motiva della presente decisione.

L'ente appaltante si è costituito in giudizio per il tramite del Pubblico

Patrocinio e con memoria ha contestato sia le doglianze azionate in via principale (evocando, a supporto della correttezza del proprio operato, un recente parere dell'A.V.C.P.) che le ulteriori prospettate in subordine sostenendone (con specifico riguardo all'impugnativa del bando di gara) la relativa tardività.

All'udienza del 21.4.2011 la causa è stata trattenuta e spedita in decisione.

DIRITTO

I)- Col primo mezzo di gravame, parte ricorrente – dopo aver richiamato l'art.36 del Cod. App. ed in particolare il comma 7 (a mente del quale il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate) nonché gli artt. 277 del (non ancora vigente) regolamento del Cod. App. (approvato con d.P.R. nr.207 del 2010) e 97 della legge (recte: d.P.R.) n.554 del 1999 che stabiliva (recte: stabiliva e stabilisce sino all'8.6.2011: data a decorrere dalla quale deve ritenersi abrogato a mente degli artt.358 e 359 del d.P.R. nr.207/2010 citato) che *“Per i primi cinque anni dalla costituzione ai fini della partecipazione del consorzio alle gare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente, posseduti dalle singole imprese consorziate, vengono sommati. Alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese”* – sostiene che, poiché il requisito (richiesto dalla disciplina di gara) dato dall'iscrizione ad una data fascia di classificazione era posseduto dalla propria consorziata “Eurogroup”, esso Consorzio IAS, che per detta consorziata ha dichiarato di concorrere, poteva partecipare alla gara senza necessità di ricorrere all'avvalimento. Dunque la stazione appaltante avrebbe dovuto ammetterlo alla gara, *“reputando irrilevante la dichiarazione sull'avvalimento”*; *“e tanto ai sensi e per gli effetti dell'art.36 commi 5 e 7 del d.lgs. nr.163 del 2006”* (così pag. 7 gravame).

Sostanzialmente, dunque, parte ricorrente (oltre a non chiarire come

avrebbe potuto la Stazione appaltante reputare irrilevante la dichiarazione sull'avvalimento) ritiene che, al pari di quanto previsto per le gare volte all'aggiudicazione di lavori pubblici, anche nelle procedure concorsuali aventi ad oggetto l'affidamento di servizi di pulizia, i Consorzi stabili concorrenti potrebbero qualificarsi (senza ricorrere all'istituto dell'avvalimento, ma) cumulando i requisiti posseduti dalle singole imprese consorziate: e tanto sulla base di disposizioni normative che, o non sono ancora entrate in vigore (come il d.P.R. nr.207 del 2010), ovvero, si riferiscono agli appalti di lavori pubblici (come l'art.97 del d.P.R. n.554 del 1999 e l'art.36 c.7 del Cod.App.) e non di servizi e, nello specifico, di servizi di pulizia.

Orbene si tratta di tesi priva di pregio.

L'art. 35 del d.lgs. n. 163/06 stabilisce, ai fini dell'ammissione dei consorzi stabili alle procedure di affidamento, che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria debbono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per i requisiti attinenti alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. Il successivo art. 36, al comma settimo, prevede quindi che i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, che vengono acquisite con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Come autorevolmente rilevato in giurisprudenza, la seconda delle disposizioni menzionate non fa che riprodurre quanto già prevedeva l'art. 11 della legge n. 109/94 relativamente ai soli contratti di appalto di lavori pubblici, di talché - nella misura in cui ai consorzi è oggi consentita la partecipazione ad ogni tipologia di appalto - essa si pone in rapporto di specialità rispetto alla

disciplina generale dettata dall'art. 35: la conclusione è, pertanto, nel senso che la possibilità che il consorzio stabile si qualifichi sulla base delle qualificazioni possedute dalla singole imprese consorziate si riferisce ai soli contratti di appalto di lavori, mentre nel settore dei servizi e delle forniture sono i consorzi che devono dimostrare di possedere in proprio i requisiti richiesti, in applicazione della regola generale [così Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498; orientamento confermato anche dal Giudice di I° grado: Ved. Tar FI, n.2040/2010; Tar CA, nr.84/2010; Tar Lazio, nr. 11482 del 2009- Peraltro, già il Cons. St. sez. VI^ (sentenze 11 aprile 2006 n. 2014 e 20 dicembre 2004 n. 8145), aveva precisato che la regola dettata dall'art. 11, l. n. 109 del 1994, non è espressione di un principio generale, ma vale solo per i lavori pubblici, atteso che nel diritto comunitario si è fatta strada l'opposto principio, secondo cui il concorrente alla gara di appalto può fare affidamento sulla capacità economico finanziaria e tecnico professionale di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei legami con essi, e purché provi che disporrà dei mezzi necessari (art. 47.2, direttiva unificata 18/2004)].

Dunque, nell'attuale Ordinamento, un consorzio stabile:

1. non può comprovare il possesso del requisito finanziario ovvero tecnico organizzativo richiesto dalla lex specialis facendo riferimento a quello posseduto dalle consorziate designate per l'esecuzione del servizio, ma deve possederlo e provarlo in proprio, con l'unica eccezione dei requisiti "relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo" i quali solo sono computati cumulativamente in capo al Consorzio ancorché posseduti dalle singole consorziate;
2. può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal bando di gara, facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, ma a tal fine devono sussistere le condizioni richieste perché l'istituto in questione in concreto operi. Gli artt. 47 e 48 del direttiva

2004/18/CE del 31/3/2004 (e l'art.49 del Cod. App.) consentono agli operatori economici di avvalersi delle capacità economico - finanziarie e tecnico - professionali di altri soggetti, ma a patto che dimostrino di poter effettivamente disporre dei mezzi necessari messi a disposizione del soggetto ausiliante, anche attraverso presentazione di apposito impegno a fornire il requisito, da parte di quest'ultimo;

Pertanto bene ha fatto, in linea di principio, il Consorzio IAS, in sede di gara, a ricorrere all'istituto dell'avvalimento ai fini del requisito di classificazione richiesto e a non ritenere (come erroneamente sostenuto in gravame) che detto requisito fosse cumulabile con quello posseduto dalla consorziata designata quale esecutrice del servizio.

II)- Ricontrata l'infondatezza del primo mezzo di gravame, la questione che diviene centrale nell'economia della delibazione di cui il Collegio è investito, è quella se un Consorzio stabile può partecipare ad una gara pubblica per l'affidamento di un servizio di pulizia utilizzando (tramite avvalimento) non un determinato requisito finanziario o tecnico detenuto dalle proprie consorziate ma lo specifico requisito dato dall'iscrizione nel registro imprese per una data fascia di classificazione.

La centralità di tale questione deriva dal riscontro:

a) che la causa di esclusione dalla gara del Consorzio ricorrente deriva (come già chiarito) dal fatto che tale requisito è stato considerato (dalla Stazione appaltante) di natura generale e quindi non utilizzabile attraverso il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art.49 Cod.App.;

b) che la regola di cui pag.8 del disciplinare - secondo la quale il requisito del possesso di una data fascia di classificazione doveva "*essere posseduto dal consorzio stesso*" - se da un lato (benché il requisito fosse posseduto da una o più delle consorziate) ne ribadiva la preclusione del computo cumulativo in capo al Consorzio, d'altro canto non pregiudicava - quantomeno in linea di principio - la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui

all'art.49 Cod.App.; esegesi questa che trova indiretta conferma nella previsione di cui al punto b.1) a pag.8 del disciplinare, che menzionando una serie di requisiti, qualificati "*di carattere generale*", da possedersi necessariamente sia dal Consorzio che dalle imprese indicate come esecutrici dell'appalto, non vi includeva quello relativo all'iscrizione nel Registro imprese con iscrizione, almeno, alla fascia di classificazione "f";

c) che non è contestato che il Consorzio ricorrente e le imprese consorziate, fossero in possesso, dei requisiti di ordine generale previsti dall'art.38 Cod. App. (i quali, come pacifico in giurisprudenza ed in dottrina, debbono essere posseduti sia dal Consorzio - che è dotato di soggettività giuridica autonoma e stabile, diversamente da quanto accade per le riunioni temporanee di imprese – che, stante la pregnanza dell'interesse pubblico alla moralità ed all'affidabilità in senso assoluto del soggetto chiamato all'esecuzione dell'appalto, dalle relative consorziate, queste ultime legate al Consorzio stabile da un rapporto organico nella sostanza non dissimile, *mutatis mutandis*, da quello che avvince i singoli soci ad una società);

d) che non è contestato (anche se non è dichiarato in gravame) che il Consorzio ricorrente, pur non detenendo, in quanto costituito da meno di due anni, una data fascia di classificazione, fosse, in ogni caso, quantomeno, iscritto al Registro delle Imprese (sul rilievo da dare a tale circostanza si tornerà in prosieguo).

Orbene, in ordine alla tematica in trattazione, parte ricorrente – dopo aver richiamato la procedura prevista dalla legge n.82 del 1994 e del d.m. nr.274 del 1997 per l'iscrizione di ogni ditta nel Registro delle imprese esercenti servizi di pulizia e dopo aver sottolineato che a tale iscrizione si accede previa verifica del possesso di requisiti di onorabilità, di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa – esclude che l'iscrizione ad una data fascia di classificazione possa essere equiparata ad un requisito di ordine generale, come tale non utilizzabile attraverso ricorso all'avvalimento:

istituto questo la cui disciplina (art.49 c.1 Cod. App.) consente l'avvalimento del concorrente consorziato. Evidenzia, inoltre, parte ricorrente la sostanziale equipollenza tra l'iscrizione di cui al dm. 274/1997 e la qualificazione Soa (ex art.40 Cod. App.) che, al pari dell'iscrizione, consiste, con riferimento alle procedure per l'affidamento di lavori, in una *“certificazione diretta solo con riferimento ai requisiti di ordine generale, ai requisiti professionali nonché a quelli economico finanziari e tecnico organizzativi”*.

Tale costrutto difensivo è contestato dalla resistente che richiama a supporto della correttezza del proprio operato il parere nr. 119 del 16.6.2010 dell'AVCP che, proprio in fattispecie relativa ad appalto di servizio di pulizia, ribadisce che i consorzi stabili devono possedere l'iscrizione alla fascia di classificazione di cui al d.m. n.274/97 anche quando affidano il servizio completamente alle consorziate, trattandosi di requisito di carattere generale, di ordine pubblico e moralità.

II.1)- La tesi patrocinata dalla ricorrente merita, pur se in parte, condivisione.

Non persuade il convincimento che, partendo dall'assunto della sostanziale equipollenza tra iscrizione ad una delle fasce di classificazione di cui al d.m. n.274/1997 e qualificazione Soa, perviene, di fatto, ad ammettere che il Consorzio stabile così come (ex art.12 c.8 ter dell'abrogata L. n. 109 del 1994 ed oggi, ex art. 36 c.7 del Cod. App.) *“si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate” parimenti possa “classificarsi”* sulla base della fascia di classificazione posseduta dalle singole imprese consorziate.

E ciò in quanto tale costrutto, a tacer d'altro:

a) trascura la considerazione che il consorzio stabile – a differenza dei consorzi cc.dd. “occasionalisti” già introdotti dalla legge n.80 del 1987 – è una figura istituita per la prima volta dalla legge n.109 del 1994 al fine di consentire a tutte le imprese di costruzione (e non più soltanto alle

cooperative di produzione e lavoro ed alle imprese artigiane) di realizzare strutture stabili, dotate di propria soggettività giuridica ed autonoma qualificazione ed abilitate alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici e all'esecuzione degli stessi;

b) trascura, pertanto, la considerazione che (prima l'art.12 c.8 ter della legge n.109 del 1994 ed oggi) l'art.36 c.7 del Cod. App. è norma agevolativa, eccezionale e dunque di stretta interpretazione, che non si applica agli appalti estranei al settore dei lavori pubblici, in relazione ai quali vige, come sopra ampiamente chiarito, la disciplina speciale dettata dall'art.35 del Cod. App. che impone ai Consorzi stabili di possedere in proprio i requisiti tecnico finanziari prescritti senza consentirne il computo cumulativo in capo al Consorzio ancorchè posseduti dalle singole imprese consorziate (e dunque, con riferimento al caso di specie, senza consentire, nel settore dei servizi e delle forniture, la possibilità del Consorzio di qualificarsi sulla base della fascia di classificazione detenuta da una delle singole consorziate);

c) trascura, da ultimo, il profilo pratico e concreto della corrente controversia: e cioè che il Consorzio ricorrente è stato escluso dalla gara (non perché ha chiesto di qualificarsi sulla base della classificazione posseduta dalla consorziata Eurogroup, ma) in quanto:

- ha dichiarato, ai fini della partecipazione alla selezione, di ricorrere all'istituto dell'avvalimento con una delle proprie consorziate, nella specie la società "La Tecnica" parimenti in possesso della fascia di classificazione di cui al predetto d.m. per la categoria massima ("1");

- tale possibilità è stata esclusa dalla Stazione appaltante in quanto *"La fascia di classificazione prevista dall'art.3 del d.m. n.274/1997 è un requisito generale e pertanto in caso di partecipazione alle gare il suddetto requisito deve essere in capo al Consorzio"*.

II.2) – Diverso esito si impone, invece, con riferimento a quest'ultima, e

centrale nell'economia dello scrutinio demandato al Collegio, quaestio iuris.

E tanto per le considerazioni che seguono.

Nell'attuale Ordinamento l'esercizio di imprese di pulizia è subordinato al possesso, da parte dell'operatore economico, di una serie di requisiti indicati dalla legge n.82 del 1994 (disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione) e dal suo regolamento attuativo (d.m. 2.4.1997 nr. 274).

La legge n.82 del 1994 prevede che le imprese di pulizia, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane, debbano possedere i requisiti di onorabilità indicati nell'art.2, rinviando al citato regolamento attuativo la definizione:

delle attività di pulizia;

- dei requisiti di capacità economico finanziaria, tecnica ed organizzativa;
- della misura del contributo per l'iscrizione nel registro delle imprese;
- delle fasce nelle quali devono essere classificate, nelle registro delle ditte o nell'albo provinciale delle imprese artigiane, le imprese di pulizia, tenuto conto del volume d'affari al netto dell'Iva: e tanto ai fini della partecipazione, secondo la normativa comunitaria, alle procedure di affidamento dei servizi di cui alla stessa legge.

Sempre nell'ambito della novella nr.82 del 1994, l'art.6 prevede una serie di sanzioni concernenti:

- l'omessa comunicazione delle variazioni dei requisiti economico finanziari, tecnici ed organizzativi (comma 1);
- l'esercizio dell'attività di pulizia in assenza dell'iscrizione nel registro (comma 2: in tal caso è prevista una sanzione penale);
- l'affidamento da parte di un'impresa di pulizia (regolarmente iscritta) delle attività di pulizia ad altra impresa non iscritta nel registro (comma 3: anche in tal caso è prevista una sanzione penale).

Sono, altresì, previste sanzioni anche in capo ai soggetti che stipulano

contratti con imprese non iscritte, cancellate o sospese dal registro. Infine lo stesso articolo, al comma 5, sanziona la stipula di contratti con imprese non iscritte con la nullità dei contratti stessi.

Quanto, invece, al regolamento attuativo della legge nr. 82 del 1994 (e cioè al d.m. nr.274 del 1997):

- gli articoli 1 e 2 prevedono, rispettivamente, la definizione delle attività di pulizia, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione e i requisiti di capacità (economico finanziaria e tecnico organizzativa) necessari per l'iscrizione al registro delle imprese. Su detti requisiti ha inciso il processo di liberalizzazione avviato col d.l. n.7 del 2007 (c.d. decreto Bersani bis, convertito nella legge n.40 del 2007) che ha previsto che le attività di pulizia e disinfezione di cui al d.m. nr.274/1997 *“sono soggette alla sola dichiarazione di inizio dell'attività ai sensi della normativa vigente da presentare alla Ccia competente e non possono essere subordinati a particolari requisiti professionali, culturali e di esperienza professionale. Sono fatti salvi, ove richiesti dalla normativa vigente, i requisiti di onorabilità e capacità economico finanziaria”*;

- l'art.3 elenca le fasce di classificazione, suddivise in base ad un volume d'affari, al netto dell'Iva, con importo crescente [si parte dall'importo della fascia a) fino a 100 mln di lire, fino all'ultima fascia L) per volumi d'affari oltre 16 miliardi di lire]. Giova precisare che il decreto Bersani bis ha riguardato i requisiti per l'iscrizione al registro e non la disciplina relativa alle fasce di classificazione che è rimasta immutata. Dunque l'impresa viene classificata in base al volume d'affari al netto dell'Iva realizzato mediamente nell'ultimo triennio (o nel minor periodo di attività comunque non inferiore a due anni) e la classe di attribuzione quella immediatamente superiore al predetto importo medio. Sempre ai fini dell'inserimento nelle fasce di classificazione, l'impresa deve possedere anche una serie di ulteriori requisiti economico finanziari indicati nel comma 3 dell'articolo 3;

- gli artt. 4 e 6, rispettivamente, prevedono che le imprese sono tenute a

comunicare, fra l'altro, le variazioni dei requisiti di cui all'articolo 3 che comportino una variazione negativa della fascia di classificazione di appartenenza nonché la cancellazione dei registri nel caso del venir meno di uno o più dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 25 gennaio 1994, n. 82, o di cui all'articolo 2 del decreto nr. 274/1997.

Dal quadro normativo dianzi delineato si evincono dunque due postulati fondamentali:

- l'iscrizione dell'impresa di pulizia al Registro delle imprese (che, come sopra chiarito, non è in contestazione nel caso di specie) è condizione necessaria ed imprescindibile per poter operare nel relativo settore ed in caso di esercizio in mancanza della stessa intervengono le sanzioni penali e quelle inerenti la nullità dei contratti siglati previste dall'art.6 della legge n.82 del 1994;

- solo ed *“ai fini della partecipazione, secondo la normativa comunitaria, alle procedure di affidamento di appalti di servizi?”*, è prevista la ripartizione dell'attività delle imprese di pulizia in fasce di classificazione. L'iscrizione in una di dette fasce viene dunque a contraddistinguere uno speciale sistema di classificazione-qualificazione delle imprese che consente alle stesse di partecipare a procedura di affidamento di appalti pubblici di servizi per l'importo corrispondente alla fascia di classificazione (salva, ovviamente, la possibilità, riservata all'amministrazione appaltante, di richiedere – come nel caso di specie - requisiti di capacità finanziaria e tecnica diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco limitandosi le previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere rafforzati dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare).

Consegue a tanto che, come è stato condivisibilmente sostenuto in dottrina, il solo requisito sub 1) – e cioè l'iscrizione al Registro delle imprese – va

considerato quale requisito generale ed imprescindibile (per poter operare quale impresa di pulizia) che non può essere oggetto di avvalimento; mentre l'iscrizione in una delle fasce di classificazione racchiude in sé degli elementi economici e tecnici, e dunque dei requisiti speciali sussumibili nell'ambito delle categorie riportate dall'art.49 c.1 Cod. App.

Orbene se si tiene conto:

- che, nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento previsto dall'art. 49 del Cod. App. mira ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti: pertanto, deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della nuova disciplina;

- che l'avvalimento previsto dall'art. 49 del Cod. App., in linea generale, può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità", atteso che la disciplina del Codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale (cfr., in tal senso e con riferimento all'avvalimento della certificazione Iso posseduta d'impresa ausiliaria, ved. Cons. St. III[^], nr. 2344 del 2011);

- che il combinato disposto dell'art. 49 c.1 e del nuovo art. 50 c.4 d. lgs 163/2006, stabilisce come l'avvalimento si applichi ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture;

(se si tiene conto di quanto sopra), deve convenirsi, ai fini dell'utilizzo della fascia di classificazione posseduta dall'impresa ausiliaria, sulla legittimità del ricorso all'avvalimento se il bando non contiene espressi divieti in tal senso (assenza di divieti ricorrente nel caso di specie come già argomentato al par. sub II, lett. b).

Non può, dunque, concordarsi col parere dell'AVCP nr. 119 del 16.6.2010 che, proprio con riguardo ad un appalto di servizi di pulizia, ribadisce che i consorzi stabili devono possedere l'iscrizione alla fascia di classificazione di

cui al d.m. n.274/97 anche quando affidano il servizio completamente alle consorziate, trattandosi di requisito di carattere generale, di ordine pubblico e moralità (come tale non cedibile attraverso il ricorso all'istituto dell'avvalimento). E ciò in quanto, a tacer d'altro, detto parere (al pari delle precedenti pronunce nn. 39 del 14 febbraio 2008 e 107 del 2008), richiama a sostegno dell'indirizzo di pensiero ivi ribadito la delibera della medesima Autorità n. 123 del 20 dicembre 2006; delibera nella quale l'assunto di cui trattasi è sinteticamente motivato (senza il supporto di ulteriori argomentazioni) col richiamo ad un unico precedente giurisprudenziale dato da Tar PG nr. 404 del 2004 (recte sent. n.404 dell'1.8.2006): precedente che però riguarda procedura di gara per l'affidamento di un servizio di pulizia interamente svoltasi nell'anno 2005 e dunque in periodo di tempo antecedente non solo l'entrata in vigore del Cod. App. ma, altresì, antecedente la diretta operatività (a partire dal 31.1.2006, come noto) nell'Ordinamento nazionale della Direttiva 2004/18/CE. Dunque la controversia trattata da quel Tribunale era regolamentata, come nella stessa decisione specificato, dal d.lgs. n.157 del 1995 (e non dalla legge n.109 del 1994) e il termine "*avvalers?*" dei requisiti o dei mezzi tecnici delle imprese consorziate ivi adoperato non è, ovviamente, sintomatico del ricorso all'istituto dell'avvalimento: istituto previsto solo dalla normativa comunitaria sopra citata ed al tempo non ancora operativa nell'Ordinamento interno. La sentenza, in definitiva, ha escluso che il Consorzio ivi ricorrente potesse partecipare alla gara utilizzando la qualificazione (id est: l'iscrizione ad una data fascia di classificazione di cui al d.m. nr.274 del 1997) posseduta da impresa consorziata ed è sotto tale angolazione (che non investe, ripetesì, la tematica dell'avvalimento tecnicamente inteso) perfettamente condivisibile ma non utile a supportare l'opinione resa dall'Autorità nelle pronunce sopra ricordate.

Per converso, invece, nella giurisprudenza, anche se mancano precedenti

resi su fattispecie come quella in trattazione, si registrano diverse pronunce affermative del principio che anche i requisiti soggettivi “*di qualità*” possono essere comprovati attraverso il ricorso all’istituto dell’avvalimento: sul punto si segnalano:

- con riferimento all’avvalimento della certificazione Iso posseduta da impresa ausiliaria, Cons. St. III[^], nr. 2344 del 2011 già citata, nonché Tar Marche nr. 3374 del 2010; Tar TO - 15.1.2010 n. 224; Tar PA, 3.2.2010 n. 1383; Tar MI, 12.3.2010 n. 612;

- con riferimento all’avvalimento dell’anzianità operativa di un’impresa consorziata, Tar Lazio, I[^], n.10233 del 2006, confermata in appello in sede cautelare con ord.za nr.6005/2006 (successivamente il ricorso in appello è stato dichiarato perento);

- la sentenza di questa Sezione nr. 1931/2011 ove è testualmente riportato “*che la Stazione appaltante ha correttamente considerato – ai fini dell’espletamento della gara in questione - che il requisito di iscrizione alla citata fascia di classificazione fosse un requisito di capacità economico-finanziaria....*”.

III)- Conclusivamente, sulla base della documentazione esibita dalle parti in causa ed alla luce delle considerazioni passate in rassegna, il ricorso merita accoglimento.

La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter) accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, il ricorso in epigrafe e, per l’effetto, annulla il provvedimento di esclusione dalla gara impugnato dal Consorzio ricorrente.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2011 con

l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere, Estensore

Roberto Proietti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2011

IL SEGRETARIO

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