

Parere n. 80 DEL 5 MAGGIO 2011

PREC 50/2011/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Ente Roma Capitale – Procedura aperta per l'affidamento della progettazione, esecuzione, gestione parziale venticinquennale, relativo all'area F ricadente nel comprensorio direzionale di Pietralata per la realizzazione di un programma di housing sociale con relative urbanizzazioni – Importo a base d'asta € 69.000.000,00 – S.A.: Ente Roma Capitale.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 marzo 2011 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Ente Roma Capitale ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla possibilità per la concorrente ATI Unione Generale Immobiliare spa e Fabbrica Immobiliare sgr di avvalersi della certificazione di qualità ISO 9001:2008 dell'impresa ausiliaria esterna al suddetto raggruppamento.

Al riguardo la stazione appaltante ha riferito di aver bandito una procedura aperta per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di un programma di housing sociale, comprensivo della realizzazione di almeno 555 alloggi e delle relative opere di urbanizzazione, ed ha rappresentato che uno dei concorrenti partecipanti in ATI – ossia l'Unione Generale Immobiliare spa – ha dichiarato, nella documentazione amministrativa prodotta, di volersi avvalere sia della certificazione SOA sia della certificazione di qualità, richieste a pena di esclusione, della società ausiliaria Vianini Lavori spa, esterna al raggruppamento. Dal momento che l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, relativo all'avvalimento, nulla prevede in riferimento alla certificazione di qualità, la stazione appaltante ha ritenuto opportuno chiedere un parere all'Autorità ed ammettere con riserva il raggruppamento in questione.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la predetta Unione Generale Immobiliare spa, concorrente in ATI, ha riferito di essersi avvalsa della certificazione di qualità di società appartenente al medesimo gruppo e, quindi, sottoposta al controllo della medesima holding. Inoltre, l'impresa stessa ha fatto presente che l'ausiliaria Vianini Lavori spa ha rilasciato la dichiarazione di cui all'art. 49, comma 2, lett. d) del D.Lgs. n. 163/2006 e ha messo a disposizione del raggruppamento concorrente la struttura che costituisce il suo sistema di qualità (personale e mezzi), consentendo così a quest'ultima di operare a sua volta in regime di qualità. L'Unione Generale Immobiliare spa, infine, ha richiamato la giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di avvalimento, precisando che l'indirizzo secondo cui non è

possibile l'avvalimento della certificazione di qualità ha perso il suo carattere di univocità, e ha citato al riguardo una pronuncia del TAR Piemonte (Sez. I, n. 224 del 15.1.2010), che pare ampliare il campo di applicazione del citato art. 49 del Codice dei contratti pubblici.

E' intervenuta nel procedimento anche l'impresa Pessina Costruzioni spa, partecipante alla gara di cui trattasi e, quindi, odierna controinteressata.

La predetta società ha osservato, preliminarmente, che l'ATI Unione Generale Immobiliare spa e Fabbrica Immobiliare sgr dovrebbe essere esclusa dalla gara, non rientrando nella categoria dei soggetti che possono partecipare. Il punto III.1.1. del bando, infatti, dispone che *“possono presentare domanda di partecipazione le imprese di costruzioni singole o riunite in associazione temporanea di impresa, in consorzio in GEIE nonché le cooperative di abitazione ed i loro consorzi che possiedono i requisiti di ordine generale prescritti dall'art. 38 del D.lgs. 163/06 ove applicabili”*. L'ATI in esame è costituita da una società di gestione immobiliare e da una società di gestione del risparmio, conseguentemente la stessa non sarebbe né un'impresa di costruzione né una cooperativa di abitazione. A comprova di tale ricostruzione la Pessina Costruzioni spa ha rilevato che la visura camerale della mandataria riporta come attività prevalente *“locazione di beni immobili”*, e la stessa non ha alcuna attestazione SOA e neppure risulta iscritta alla Cassa edile.

Conseguentemente, secondo la Pessina Costruzioni spa, il semplice avvalimento della SOA non sarebbe idoneo a sanare tale carenza, in quanto ciò di cui è possibile avvalersi è la qualificazione, ma non l'oggetto sociale o il settore merceologico di attività dell'ausiliaria, non potendo un soggetto che non è impresa di costruzioni, diventarlo per il solo fatto di ricorrere all'avvalimento di un'attestazione SOA.

La Pessina Costruzioni spa, inoltre, ha osservato che l'ATI in questione dovrebbe essere esclusa per mancanza della certificazione di qualità richiesta dal disciplinare di gara alle imprese che *“si impegnano ad eseguire le opere previste nel programma”*. Nel caso in esame la Unione Generale Immobiliare spa si è impegnata ad eseguire i lavori senza avere in proprio la necessaria certificazione di qualità e, secondo la controinteressata, senza poter ricorrere all'avvalimento per colmare tale mancanza, stante l'orientamento negativo espresso al riguardo dalla giurisprudenza amministrativa, puntualmente richiamata nella nota inviata all'Autorità. A conferma della bontà della posizione espressa la Pessina Costruzioni spa ha rilevato che l'ATI in questione, pur avendo dichiarato di avvalersi della certificazione di qualità di altro soggetto, non ha poi in concreto utilizzato tale certificazione ai fini del dimezzamento della cauzione.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in esame è stato chiesto all'Autorità di sapere se un'ATI priva di certificazione di qualità ISO 9001:2008 possa partecipare alla gara *de qua*, avvalendosi della certificazione di qualità di altro operatore economico.

Sebbene l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 detti una specifica disciplina in tema di avvalimento dei requisiti per partecipare ad una procedura di gara, il legislatore non contempla espressamente la fattispecie sopra menzionata. Appare quindi opportuno, nel silenzio della normativa, ripercorrere la genesi dell'istituto in esame, al fine di verificare il suo ambito di applicazione.

L'avvalimento è istituto di origine pretoria, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia europea attenta a realizzare nel settore delle commesse pubbliche la più ampia

partecipazione degli operatori economici, con il fine di garantire la libertà di circolazione dei servizi, dei capitali e la tutela del mercato. Se le prime pronunce in argomento hanno affermato la possibilità per la società capogruppo di soddisfare la richiesta dei requisiti speciali, per il tramite delle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di soggetti terzi appartenenti al medesimo gruppo, successivamente la giurisprudenza comunitaria ha ammesso l'utilizzo più vasto e generalizzato dell'avvalimento, anche al di fuori dei rapporti infragruppo, purché il concorrente, privo delle predette capacità, fornisca la prova di disporre effettivamente dei mezzi necessari per l'esecuzione del contratto, in caso contrario, infatti, l'istituto in esame potrebbe essere utilizzato per eludere la specifica disciplina dettata per la partecipazione a procedure di gara pubbliche.

La definitiva positivizzazione dell'istituto si deve alle Direttive 2004/18 (artt. 47 e 48) e 2004/17 (art. 54), le quali circoscrivono espressamente il campo di applicazione dell'istituto in esame alla capacità economico-finanziaria ed alla capacità tecnico-professionale. Più precisamente l'art. 47 della Direttiva 2004/18, dopo aver indicato le referenze che possono provare la capacità economica e finanziaria di un operatore, riconosce a quest'ultimo, la possibilità, di *“fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”*. Parimenti il successivo art. 48, dopo aver indicate le modalità di valutazione e di verifica delle capacità tecniche e professionali di un operatore economico, riconosce a quest'ultimo la facoltà *“di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie”*.

La normativa comunitaria configura, quindi, l'avvalimento quale strumento che permette di ampliare la platea dei concorrenti alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, consentendo l'accesso al confronto concorrenziale non soltanto agli operatori economici che possiedono “in proprio” i requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica ed organizzativa prescritti dalla legge o richiesti dalla singola stazione appaltante, ma anche a quegli operatori che, pur non avendo di per sé i predetti requisiti, intendono utilizzare le capacità di altri soggetti, dando la prova di averne una disponibilità effettiva per tutta la durata del contratto pubblico.

Rimangono esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame i requisiti più direttamente afferenti agli stati soggettivi dell'operatore economico, che la Direttiva 18/2004 elenca all'art. 45, rubricato *Situazione personale del candidato o dell'offerente*.

Il legislatore italiano ha recepito l'istituto dell'avvalimento all'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, riconoscendo all'istituto in esame, anche a seguito dei decreti correttivi, la medesima portata che ha nel diritto comunitario. La norma nazionale, infatti, così come quella comunitaria, ne circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione ai soli requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero alla certificazione SOA e, condividendo l'approccio sostanzialistico del diritto comunitario, ha dettato uno specifico onere probatorio a carico dell'avvalente e dell'avvalso.

E' allora soltanto nel perimetro appena tracciato che l'istituto in questione ha portata generale, come comunemente e pacificamente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, le quali, infatti, non hanno mai messo in dubbio l'impossibilità di applicare l'avvalimento ai requisiti di ordine generale, tradizionalmente definiti di ordine pubblico o di moralità. Osta a ciò, non soltanto il tenore letterale delle Direttive Comunitarie e del Codice dei contratti pubblici, che non li prendono in considerazione ai fini dell'avvalimento, ma anche la loro natura sostanziale, consistendo questi

ultimi essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente, suscettibili, ove presenti, di precluderne la partecipazione alla gara e la stipulazione del contratto.

Venendo al caso di specie, la questione sottoposta all'Autorità concerne la possibilità di avvalersi della certificazione di qualità ISO 9001:2008 di altro operatore economico. Posto che il legislatore comunitario e quello nazionale non annoverano tale certificazione espressamente tra i requisiti speciali, per i quali è consentito l'avvalimento, né tra i requisiti generali, per i quali non è consentito l'avvalimento, per risolvere il problema interpretativo posto dall'istante è allora necessario svolgere un diverso itinerario ricostruttivo.

Al riguardo è opportuno considerare sotto il profilo formale che la Direttiva 18/2004 disciplina la certificazione *de qua* all'art. 49, Norme di garanzia della qualità, quindi in una norma distinta rispetto agli artt. 45, Situazione personale del candidato o dell'offerente, 47, Capacità economica e finanziaria, 48, Capacità tecniche e professionali. Sotto il profilo sostanziale si osserva che l'art. 49 della citata Direttiva individua esattamente il contenuto della certificazione in esame, precisando che quest'ultima attesta *“l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità”*. La certificazione in esame, testimonia, quindi, il mero rispetto da parte dell'imprenditore della specifica normativa in materia di qualità.

Il Codice dei contratti pubblici ha puntualmente recepito la disciplina in argomento all'art. 43, disponendo che: *“qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici”*. E', evidente, quindi, che anche sul piano del diritto positivo nazionale la certificazione di qualità conosce una disciplina apposita, distinta da quella dettata dagli artt. 38, 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006.

E' opportuno, inoltre, tenere presente che il citato art. 43 del D.Lgs. n. 163/2006 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, le quali 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. Va, quindi, sgombrato il campo da un possibile equivoco: la certificazione di qualità ISO 9001:2008 non copre 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.

Ne deriva allora che la certificazione di qualità è un requisito soggettivo, in quanto attiene 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 dovute avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità. Muovendo da tale premessa si ritiene di dover confermare l'indirizzo al riguardo già espresso dall'Autorità, secondo cui è preferibile interpretare l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 nel senso che non consente l'avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001:2008 (cfr. Avcp pareri n. 64 del 20 maggio 2009 e n. 254 del 10 dicembre 2008).

Tale orientamento risulta quello più conforme alla disciplina dei contratti pubblici delineata dal D.Lgs. n. 163/2006, in quanto tiene conto sia della natura sostanziale della certificazione in questione, come sopra ricostruita, sia del dato formale e testuale del diritto comunitario e nazionale, che, come evidenziato, circoscrivono l'avvalimento ai soli requisiti speciali, e disciplinano la certificazione di qualità in una disposizione diversa rispetto a quelle relative all'istituto in esame.

Simile indirizzo, inoltre, è condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria, che qualifica la certificazione in esame come requisito soggettivo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante la qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute (Cons. di Stato, Sez. V, n. 4668 del 25.7.2006, Cons. Stato, 18.10.2001 n. 5517, Tar Sardegna, Sez. I, 27.3.2007 n. 556, TAR Lazio, Sez. II Ter, n. 923 del 6.2.2007) e precisa che tale *“obiettivo, per essere effettivamente perseguito, richiede necessariamente che la certificazione di qualità riguardi direttamente l'impresa appaltatrice”* (Tar Sardegna, Sez. I, 6.4.2010 n. 665). Tanto è vero che, ai fini del dimezzamento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, il giudice ha ritenuto sufficiente per il concorrente produrre la certificazione di qualità della propria controllante, solo nell'ipotesi in cui nella suddetta certificazione sia previsto espressamente che la stessa copra tutte le società controllate (TAR Veneto, Sez. I, 1.10.2010 n. 5257).

Non si ignora la pronuncia del Tar Piemonte (Sez. I, n. 224 del 15.1.2010), richiamata dall'Unione Generale Immobiliare spa, che ammette l'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che la certificazione in questione non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata (come sostenuto anche nella recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18.4.2011). Si ritiene, tuttavia, che tale indirizzo interpretativo minoritario non tenga conto e, quindi, non risolva tutte le questioni connesse all'eventuale avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001:2008.

In particolare, il Tar Piemonte invocato nel caso di cui trattasi, in ossequio ad un approccio sostanziale della problematica in esame, ritiene che debba essere valorizzato il comma 2 dell'art. 49 lett. d), del D.Lgs. n. 163/2006 in virtù del quale l'impresa ausiliaria deve obbligarsi *“a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”*. Per il giudice amministrativo, infatti, la tesi secondo cui *“l'attestazione di qualità per cui è causa, attenendo all'organizzazione di impresa, non poteva proprio essere oggetto di “prestito di risorse”, non essendo pensabile un trasferimento dell'organizzazione di impresa. ... non pare nella sua absolutezza condivisibile, poiché l'avvalimento non richiede alcun trasferimento di risorse bensì una “messa a disposizione delle stesse”; neppure è in astratto escluso (si pensi ai gruppi societari e ai consorzi) che un'impresa disponga dell'organizzazione d'impresa altrui; si pensi ancora all'ipotesi in cui la certificazione di qualità prescritta afferisca ad una parte di servizio che viene svolto dall'ausiliaria, la quale si trova così contestualmente a “prestare” la certificazione e le risorse relative alla parte di servizio. Quello che per contro non pare ammissibile è che si crei una sorta di circolazione di certificazioni astratte; seguendo la tesi di parte controinteressata un'impresa che ottenga la certificazione di qualità potrà “prestare” indefinitamente tale certificazione a chiunque, senza contestualmente rendere parti di servizio né mettere a disposizione strutture organizzative, finendo per creare una “certificato” vuoto soggetto a circolazione indefinita ed altrettanto indefinitamente invocabile da terzi, pacificamente privi del requisito di qualità, senza ulteriori e contestuali legami tra impresa ausiliaria e ausiliata”*.

Secondo il TAR Piemonte, quindi, l'avvalimento della certificazione di qualità sarebbe possibile nel caso in cui l'ausiliaria mettesse contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'esecuzione le risorse di cui quest'ultimo risulta privo. Ma proprio in tale passaggio si rinviene l'equivoco di fondo sotto diversi profili.

In primo luogo occorre considerare che, in generale, il concorrente privo della certificazione di qualità non è di per sé e solo per questo motivo carente dei mezzi economici, finanziari, tecnici o organizzativi necessari per eseguire a regola d'arte le prestazioni di cui dovesse eventualmente risultare aggiudicatario, bensì risulta privo di un certificato che attesta la sua ottemperanza alle norme in materia di garanzia della qualità.

Conseguentemente, anche se un altro operatore economico gli mettesse a disposizione la propria certificazione di qualità e la relativa organizzazione d'impresa, la situazione soggettiva in cui verrebbe a trovarsi il concorrente avvalente non cambierebbe, dato che costui, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura d'impresa, con la quale partecipa alla gara ed è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto.

In secondo luogo, è opportuno considerare che, qualora il concorrente privo della certificazione di qualità per la propria organizzazione d'impresa decidesse di avvalersi non solo di determinati beni aziendali di un terzo (mezzi, personale, ecc.), ma dell'intera struttura aziendale altrui "certificata" sotto il profilo della qualità organizzativa dei suoi processi produttivi – come prospettato nel caso di specie – allora costui sarebbe tenuto ad eseguire tutta la commessa pubblica esclusivamente con la struttura avvalsa, con la conseguenza che, sotto il profilo operativo, la realizzazione della commessa sarebbe in realtà affidata alla conduzione dell'ausiliaria, mentre l'aggiudicatario sarebbe più o meno un intermediario.

Tale risultato appare 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 assumere solo il ruolo di subappaltatore "nei limiti dei requisiti prestati", nonché in conflitto con l'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, 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.

A ciò si aggiunga che nello specifico caso in esame l'ATI avvalente appare all'evidenza operante in un settore completamente diverso rispetto a quello dell'edilizia. Come correttamente rilevato dalla controinteressata, infatti, l'ATI in questione è costituita da una società di gestione del risparmio (mandante) e da una società immobiliare (mandataria). Dal momento che il bando di gara, coerentemente con l'oggetto dell'appalto, limita l'accesso alla gara alle sole imprese di costruzione ed alle cooperative di abitazione, appare necessario che la stazione appaltante, qualora non l'abbia già fatto, verifichi concretamente la natura di impresa di costruzione della mandataria, tenuto conto che dalla sua visura camerale risulta che la stessa, sebbene abbia nell'oggetto sociale la costruzione in proprio o mediante appalti a terzi e l'assunzione e l'esercizio dell'appalto di opere edilizie in genere, svolge come attività principale la locazione di immobili ed ha solo tre dipendenti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nel caso di specie non sia possibile per l'ATI Unione Generale Immobiliare spa e Fabbrica Immobiliare sgr ricorrere all'avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001:2008 dell'impresa ausiliaria Vianini Lavori spa.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito