

Parere n.6 del 08/02/2012

PREC 239/11/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Baronissi (SA) – “*Procedura aperta per l’affidamento della fornitura di n. 1 spazzatrice stradale aspirante meccanica da 5 mc*” – Data di pubblicazione del bando: 24.6.2011 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 140.000,00 – S.A.: Comune di Baronissi (SA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 ottobre 2011 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Baronissi ha chiesto un parere in merito alla possibilità di ricorrere all’istituto dell’avvalimento anche per le certificazioni di qualità.

In particolare, la stazione appaltante fa presente che nella gara indetta per l’affidamento dell’appalto in oggetto, alla quale hanno partecipato due sole ditte – la OMNITECH S.r.l. e la DULEVO INTERNATIONAL S.p.a.- , la prima ha contestato l’ammissione dell’altra, che si è avvalsa della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001 di altra ditta, in quanto, a suo dire, tale requisito non potrebbe essere oggetto di avvalimento.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 ottobre 2011, la S.A. ha trasmesso una nota della DULEVO INTERNATIONAL S.p.a., nella quale la stessa asserisce il carattere di generalità dell’istituto in parola, utilizzabile anche per la certificazione di qualità, come da recente sentenza del TAR Campania, Salerno, Sez. I, 29 aprile 2011, n. 805.

A sua volta, con nota pervenuta in data 17 novembre 2011, la ditta OMNITECH S.r.l., ha prodotto un parere dello Studio Legale Fumarola Buraggi & Mezzotero di Milano, che sostiene, per contro, l’inapplicabilità dell’istituto in questione ai requisiti di carattere soggettivo e, pertanto, la non ammissibilità alla gara in oggetto della concorrente DULEVO INTERNATIONAL S.p.a..

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la possibilità di ricorrere all’istituto dell’avvalimento anche per le certificazioni di qualità.

Questa Autorità ha già avuto modo di esprimersi sulla *vexata quaestio* in argomento con i pareri n. 254 del 10 dicembre 2008, n. 64 del 20 maggio 2009 e n. 80 del 5 maggio 2011 dove si afferma che “*l’avvalimento è stato previsto limitatamente ai casi di ricorso ai requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero della attestazione della certificazione SOA. Nulla è stato disposto, dunque, dal legislatore in merito alla possibilità di avvalersi, da parte di un operatore economico, dei requisiti soggettivi tra i quali...rientrano anche le certificazioni di qualità*”.

Vale però rilevare che con sentenza del 18 aprile 2011, n. 2344, la terza sezione del Consiglio di Stato ha affermato che “*sul piano letterale, l’articolo 49 del codice dei contratti pubblici, nel disciplinare l’istituto dell’avvalimento, non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti*

soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale. D'altra parte, è fuori discussione che, nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento miri 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. In questa prospettiva, non persuade l'indirizzo interpretativo espresso dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici... che ha affermato l'esistenza di un divieto assoluto e inderogabile di ricorrere all'avvalimento, per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità”.

Tuttavia, una volta asserita l'astratta operatività generale dell'avvalimento, lo stesso Consiglio di Stato ammette 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”* ed in questo senso ha concluso 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)”*.

La questione, invero, della possibilità di avvalersi delle certificazioni di qualità, è tuttora dibattuta e controversa (si vedano fra le tante, in particolare, TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 dicembre 2011, n. 10080; TAR Abruzzo, sez. I, 25 maggio 2011, n. 291; TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 luglio 2011, n. 6767; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 4769; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 13 giugno 2011, n. 1024; TAR Lazio, Latina, 29 ottobre 2010, n. 1857; TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 224), anche se la posizione dell'Autorità, anche alla luce del recente parere n. 80, non lascia spazio ad interpretazioni che consentono di ampliare oltre i confini dettati dai requisiti di ordine speciale, l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto dell'avvalimento.

Non di meno, dalla normativa di settore può agevolmente evincersi che l'istituto in parola è da ritenersi finalizzato a soddisfare quei requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei partecipanti alle gare di appalto, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze (in termini di solidità economica-finanziaria e di struttura organizzativa composta, in particolare, da esperienza e da risorse umane e strumentali) avvalendosi e, quindi, utilizzando, per l'espletamento dell'appalto, i requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria.

Orbene, è vero sì che sulla natura, soggettiva o oggettiva, della certificazione di qualità si è molto dibattuto proprio al fine di valutare l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento a tale tipo di requisito, ma vale al riguardo considerare che la certificazione di qualità, ovvero la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della stazione appaltante (riprendendo considerazioni svolte da questa Autorità nel documento di consultazione *“L'avvalimento nelle procedure di gara”*, 2011) costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; da ciò deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione di qualità aziendale un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni.

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.

Da qui la difficoltà di aderire all'orientamento più elastico espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza sopra richiamata, in quanto, pur apprezzando l'evidente intento proconcorrenziale sotteso a tale pronuncia, non può non rilevarsi che il concorrente privo della certificazione di qualità è sostanzialmente 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 non cambierebbe, dato che il concorrente, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura di impresa, con la quale partecipa alla gara e tramite la quale è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto.

Inoltre, è del tutto evidente, anche con riferimento alla posizione "intermedia" del Supremo Consesso di giustizia amministrativa, 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.

Alla luce, quindi, delle considerazioni fin qui svolte, non si può che confermare l'indirizzo già espresso, secondo cui è preferibile l'interpretazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 nel senso che non consente l'avvalimento della certificazione di qualità.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la ditta DULEVO INTERNATIONAL S.p.a debba essere esclusa dalla gara, non potendo la stessa avvalersi della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001 di altra impresa.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito