

DELIBERA N. 766 del 24 novembre 2021

Oggetto

Istanza presentata da New Food S.c.a.r.l. quale mandataria dell'ATI con GFI Food S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica per alunni e docenti delle scuole statali dell'infanzia e primaria per anni scolastici tre (2021/2022 – 2022/2023 – 2023/2024) con diritto di opzione di un ulteriore anno scolastico - CIG 864824016B - Importo a base di gara: euro 1.492.260,00 - Criterio di aggiudicazione: OEPV - S.A.: Comune di Afragola (NA)

PREC 185/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 87 e 89 lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Criteri di selezione – certificazione SA 8000 – natura del requisito - avvalimento infragruppo

MASSIMA

Le certificazioni rilasciate da organismi indipendenti disciplinate dall'art. 87 del d. lgs 50/2016 non sono riconducibili ai requisiti di idoneità professionale ma sono attinenti a capacità tecniche e professionali dell'operatore economico e possono, di conseguenza, essere oggetto di avvalimento a condizione che mediante il relativo contratto vengano effettivamente messe a disposizione dell'ausiliato tutte quelle risorse che e hanno consentito all'ausiliario l'attribuzione della certificazione.

L'avvalimento infragruppo di una certificazione di cui all'art 87, richiesta dal bando in capo a tutti i componenti del raggruppamento, rende necessario che la Stazione appaltante verifichi attentamente il contenuto del contratto di avvalimento, dovendo accertare, in relazione alla tipologia di certificazione richiesta, se il prestito di tale requisito a vantaggio dell'ausiliata privi o meno del medesimo l'ausiliaria. Nel primo caso il raggruppamento non potrà essere ammesso alla procedura poiché l'ausiliaria, che si è spogliata del requisito in favore dell'ausiliata, risulterà priva del medesimo, nel secondo, invece, dovrà essere ammesso, permanendo il requisito in capo ad entrambi i soggetti del contratto di avvalimento.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 24 novembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 58689 del 28 luglio 2021 con la quale la New Food S.c.a.r.l. quale mandataria dell'ATI con GFI Food S.r.l., chiede se sia legittima la clausola della lex specialis che vieta l'avvalimento delle certificazioni. L'istante precisa di aver effettuato un avvalimento infragruppo della certificazione SA 8000 (con la mandataria quale ausiliaria e la mandante quale ausiliata), richiesta dal

disciplinare in capo a tutte le partecipanti. Il disciplinare disponeva il divieto di avvalimento per tale certificazione e per questo motivo il raggruppamento è stato escluso. A detta dell'istante tale divieto di avvalimento risulterebbe illegittimo in quanto contrario al diritto eurocomunitario che estende l'avvalimento anche alle certificazioni;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 65323 dell'8 settembre 2021;

VISTI gli atti trasmessi dalla Stazione appaltante e acquisiti al prot. 78819 del 2 novembre 2021, nei quali è specificato che l'esclusione è stata disposta poiché la documentazione presentata dall'operatore non risultava idonea a dirimere i dubbi circa l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento a causa della *«carezza della mandante circa il possesso della certificazione SA 8000.2014, in quanto l'avvalimento si pone in contrasto con l'art. 12 del bando disciplinare, laddove è vietato il ricorso all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti di idoneità professionale ed art. 10 del bando disciplinare, laddove si precisa che il requisito relativo al possesso delle certificazioni di qualità deve essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppate»*.

VISTA la documentazione prodotta dalle parti;

CONSIDERATO che il bando prevedeva, tra i requisiti di idoneità professionale (punto 9.2), alcune certificazioni tra cui la SA 8000 e disponeva che tali certificazioni fossero possedute da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppate (art. 10) ribadendo il divieto di l'avvalimento per i requisiti di idoneità professionale (art. 12);

CONSIDERATO che la Stazione appaltante ha disposto l'esclusione del raggruppamento istante per carezza del requisito relativo al possesso della certificazione SA 8000, per due motivi: a) violazione del divieto di avvalimento per i requisiti di idoneità professionale; b) violazione dell'obbligo di possesso della certificazione in capo a tutti i componenti del raggruppamento;

CONSIDERATO che, con riferimento al primo motivo di esclusione, ossia la violazione del divieto di avvalimento, è la norma stessa che esclude l'applicazione di tale istituto ai requisiti di idoneità professionale. L'art. 89 comma 1 del d. lgs. 50/2016, infatti, ammette l'avvalimento solo con riferimento ai requisiti di natura economico finanziaria e tecnico-professionale di cui all'art. 83, comma 1 lett. b) e c) del d. lgs. 50/2016);

CONSIDERATO tuttavia che le certificazioni, disciplinate dall'art. 87 del d.lgs. 50/2016, non possono essere ricondotte ai requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1 lett. a) del citato decreto, ma vanno ricondotte, più propriamente, ad un requisito di natura tecnica, dal momento che il contenuto dell'attestazione riguarda il sistema di gestione dell'impresa e le procedure in essa adottate. Secondo il Consiglio di Stato infatti *«i certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ("requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità"), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento»* (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271);

CONSIDERATO che, ormai, sia la giurisprudenza sia la stessa Autorità, mutando l'iniziale indirizzo nel quale avevano ritenuto inammissibile l'avvalimento delle certificazioni di qualità dato il carattere "soggettivo" delle medesime, hanno ormai raggiunto un orientamento costante circa l'ammissibilità del medesimo (sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 2016, n. 5289 riguardante l'ammissibilità dell'avvalimento per la certificazione SA 8000; Delibera ANAC n. 199 del 13 marzo 2019) con la precisazione che, in tali casi, le Stazioni appaltanti debbano valutare attentamente se il contratto di



avvalimento sia idoneo a garantire, in relazione al tipo di certificazione richiesta, che vengano effettivamente messe a disposizione dell'ausiliato tutte quelle risorse che e hanno consentito all'ausiliario l'attribuzione della certificazione;

RITENUTO, pertanto che la Stazione appaltante, che nel bando ha classificato le certificazioni di qualità quali requisiti di idoneità professionale, non abbia operato in conformità alla normativa di settore poiché ha in tal modo vietato l'utilizzo dell'avvalimento che doveva, invece, essere ammesso;

CONSIDERATO, con riferimento al secondo motivo di esclusione, ossia la violazione dell'obbligo di possesso della certificazione in capo a tutti i componenti del raggruppamento, che in generale un componente del raggruppamento può avvalersi dei requisiti di un altro componente a meno che ciò non comporti un'elusione dei requisiti richiesti dal bando;

CONSIDERATO che, in applicazione di tale principio, il Consiglio di Stato, nell'ambito di una gara che chiedeva a tutti i partecipanti il possesso di due referenze bancarie, ha ritenuto, in linea generale, non ostativo alla partecipazione che la mandataria prestasse tale requisito a più mandanti (e quindi che il requisito venisse speso più volte nel raggruppamento), ritenendo tale forma di avvalimento ammissibile *«se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolva in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l'ausiliaria del requisito stesso»* (Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183).

CONSIDERATO che, in applicazione del medesimo principio, il Consiglio di Stato è giunto ad una conclusione opposta: nell'ambito di una gara che chiedeva a tutti i partecipanti il possesso della certificazione di qualità ISO 9001, ha ritenuto non ammissibile il prestito di tale certificazione all'interno del raggruppamento poiché *«la peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste piuttosto nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità»* e *«se il requisito viene fatto oggetto di avvalimento interno al raggruppamento, l'impresa ausiliaria (nel caso di specie la mandataria) se ne priva a favore dell'impresa ausiliata (nel caso di specie la mandante), con la conseguenza che il requisito richiesto dalla lex specialis viene a mancare per almeno una delle imprese raggruppate, essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici»* (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271);

CONSIDERATO pertanto che ciò che in concreto le stazioni appaltanti devono valutare nell'avvalimento è se il concorrente possa disporre, effettivamente, delle risorse necessarie ad eseguire l'appalto secondo gli standard di qualificazione previsti dal bando e quindi, in caso di avvalimento di certificazione richiesta a tutti i componenti del raggruppamento, se il requisito permanga in capo a tutti i soggetti nonostante il prestito;

RITENUTO, con riferimento al secondo motivo di esclusione ed in applicazione del principio sopra esposto, che la Stazione appaltante non abbia dato conto di tale specifica attività di valutazione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che l'esclusione disposta nei confronti del raggruppamento istante non sia conforme alla normativa di settore in quanto:

- la motivazione derivante dalla violazione del divieto di avvalimento della certificazione SA 8000 non sussiste, essendo ammesso dall'ordinamento l'avvalimento per le certificazioni della qualità di cui all'art. 87 del d. lgs 50/2016;
- la motivazione derivante dalla carenza del possesso della certificazione SA 8000 per contrasto col disposto del bando che ne impone il possesso a tutti i componenti non risulta sufficiente, non essendo chiaro se la medesima derivi dalla avvenuta verifica in merito al permanere o meno del requisito in capo a ciascuno dei componenti del raggruppamento, a seguito del prestito infragruppo. È necessario, pertanto, che la Stazione appaltante proceda a valutare il contratto di avvalimento verificando se il prestito consenta o meno ad entrambi i soggetti del raggruppamento di operare nel pieno possesso del requisito di qualificazione richiesto e pronunciandosi sull'ammissione solo in esito a tale valutazione.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 30 novembre 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente