

Parere n.97 del 19/05/2011

PREC 305/10/F

Oggetto : istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Comunità Montana del Fortore - Fornitura di attrezzature e mezzi tecnici innovativi per il potenziamento degli interventi di prevenzione e lotta attiva degli incendi boschivi - Importo a base d'asta € 393.400,00 - S.A.: Comunità Montana del Fortore (BN)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 dicembre 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Comunità Montana del Fortore ha chiesto se può ritenersi legittimo il provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore del concorrente che si sia avvalso della certificazione di qualità ISO 9001 di un'impresa ausiliaria ex art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Dalla documentazione in atti risulta che la stazione appaltante ha bandito una procedura aperta per l'acquisto di attrezzature e mezzi tecnici innovativi per il potenziamento degli interventi finalizzati alla prevenzione attiva degli incendi boschivi. Più precisamente la fornitura ha ad oggetto tre trattori agricoli/forestali e relativi accessori: tre bracci decespugliatori, tre caricatori frontali, tre bracci escavatori, tre biotrituratori-cippatori, tre aratri bivomeri, tre verricelli meccanici, tre rimorchi agricoli. Hanno partecipato alla gara tre operatori economici: Ciampi srl, Prato Comm.re Pier Luigi e Buccione Commerciale srl e quest'ultima è risultata aggiudicataria provvisoria.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'impresa Prato Comm.re Pier Luigi ha riferito di aver formalmente contestato la legittimità dell'aggiudicazione provvisoria in favore della Buccione Commerciale srl, chiedendo la revoca del citato provvedimento ed il subentro in graduatoria quale seconda classificata. La concorrente richiama l'orientamento di questa Autorità, condiviso anche dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui il ricorso all'istituto dell'avvalimento è ammissibile limitatamente alla richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, e non anche per la certificazione di qualità ISO 9001, che costituisce, invece, un requisito soggettivo dell'impresa. Secondo la concorrente, inoltre, quand'anche si volesse aderire ad un recentissimo orientamento di parte della giurisprudenza amministrativa, tendente a consentire entro limiti rigorosi l'avvalimento della certificazione ISO 9001, l'aggiudicataria si sarebbe comunque illegittimamente avvalsa del certificato di qualità dell'ausiliaria, dal momento che quest'ultima, contrariamente a quanto richiesto dalla giurisprudenza in questione, non avrebbe messo a disposizione del concorrente tutte le risorse avvalse, ossia l'intero complesso organizzativo certificato, si sarebbe impegnata a fornire le sue risorse limitatamente alla fornitura di sua competenza, ossia i trattori. *"E', quindi, evidente come tale impegno sia circoscritto ad una frazione esigua dell'oggetto della gara, restando invece la residua parte della fornitura priva del necessario requisito di partecipazione richiesto"*.

Anche l'impresa Ciampi s.r.l. ha presentato, in veste di controinteressata, apposita memoria, nella quale ha rilevato, richiamando sul punto la giurisprudenza amministrativa, che non è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del possesso della certificazione di qualità, in quanto requisito soggettivo dell'impresa. Secondo la concorrente, inoltre, l'avvalimento della Buccione Commerciale srl sarebbe comunque illegittimo perché quest'ultima non avrebbe presentato copia del contratto di avvalimento e la dichiarazione dell'ausiliaria sarebbe insufficiente a soddisfare il requisito di qualità richiesto dal disciplinare di gara, in quanto la messa a disposizione della certificazione di qualità aziendale riguarderebbe solo i trattori agricoli e non anche le ulteriori e maggiori attrezzature richieste dalla *lex specialis*.

La Buccione Commerciale srl ha contro dedotto alle censure su richiamate, sostenendo la possibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità ISO 9001 e, quindi, la legittimità dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei propri confronti. Al riguardo la società ha contestato le argomentazioni sostenute dagli altri concorrenti, secondo cui l'impresa ausiliaria avrebbe messo a disposizione solo una piccola parte della fornitura delle risorse, deducendo che l'ausiliaria si è obbligata a coprire l'intero appalto, nonché a mettere a disposizione dell'avvalente le risorse necessarie alla fornitura dei trattori, compresi gli accessori e che, in ogni caso, quand'anche si volesse ritenere che l'impresa ausiliaria si sia limitata ad assumere l'impegno limitatamente alla fornitura dei tre trattori, non si tratta di una piccola parte della fornitura, atteso il differente e notevole valore commerciale dei trattori rispetto agli accessori.

Ritenuto in diritto

La questione controversa attiene all'ammissibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento per la certificazione di qualità ISO 9001.

Sebbene l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 detti una puntuale disciplina in tema di avvalimento dei requisiti per partecipare ad una procedura di selezione, il legislatore non contempla espressamente la fattispecie sopra menzionata. Appare quindi opportuno, nel silenzio della normativa di settore, 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 disciplina dettata dal Codice dei Contratti Pubblici in materia di requisiti di partecipazione alle procedure di selezione.

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 indicato 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 partecipanti alle procedure 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 l'effettiva disponibilità 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, prevede che possono essere oggetto di avvalimento i soli requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo e la certificazione SOA. All'interno del perimetro appena tracciato l'istituto in questione ha portata generale, mentre all'esterno di esso l'istituto non trova applicazione e, pertanto non si estende ai requisiti generali, tradizionalmente definiti di ordine pubblico o di moralità. Osta a ciò non soltanto il dato letterale delle direttive comunitarie e del Codice dei contratti pubblici, che non prendono in considerazione i requisiti generali ai fini dell'avvalimento, ma anche la loro natura sostanziale, consistendo questi ultimi essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente, suscettibili, ove presenti, di precludere la partecipazione alla gara e la stipulazione del contratto.

Venendo al caso di specie, è pacifico che l'aggiudicatario provvisorio non ha la certificazione ISO 9001 richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* e, pertanto, si è avvalso della qualità di altro operatore economico. Per verificare la legittimità di tale operato, è necessario ricostruire anche la natura giuridica della certificazione in esame, posto che il legislatore comunitario e quello nazionale non annoverano quest'ultima né tra i requisiti speciali, per i quali è consentito l'avvalimento, né tra i requisiti generali, per i quali non è consentito l'avvalimento.

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 all'art. 45, *Situazione personale del candidato o dell'offerente*, all'art. 47, *Capacità economica e finanziaria*, all'art. 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, attesta, 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 per i requisiti di ordine generale e speciale.

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 non copre il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma attesta che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi.

Ne deriva, quindi, che la certificazione in esame 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 nello specifico caso in esame l'indirizzo già espresso dall'Autorità, secondo cui, in assenza dell'espressa menzione della certificazione di qualità nell'ambito dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, è preferibile interpretare quest'ultima norma nel senso di ritenere che la stessa non consente l'avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001 (cfr. Avcp pareri n. 64 del 20 maggio 2009 e n. 254 del 10 dicembre 2008).

Simile orientamento, infatti, risulta quello più conforme ai criteri di interpretazione della legge fissati dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, in quanto, da un lato in ossequio al criterio letterale, tiene conto del dato testuale del diritto comunitario e nazionale, che, come sopra evidenziato, circoscrivono l'avvalimento ai soli requisiti speciali, e dall'altro in ossequio al criterio logico-sistematico, tiene conto sia della natura sostanziale della certificazione in questione, come sopra ricostruita, sia della circostanza che il legislatore comunitario e nazionale disciplinano la certificazione di qualità in una disposizione distinta rispetto a quelle relative all'avvalimento.

L'indirizzo dell'Autorità, 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 che qualche pronuncia ha di recente ammesso l'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18.4.2011, Tar Piemonte, Sez. I, n. 224 del 15.1.2010), ma tale indirizzo interpretativo minoritario, che pur considera il requisito in esame come soggettivo, non vaglia e, quindi, non risolve le questioni connesse all'eventuale avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001. In particolare secondo questa giurisprudenza: " *quello che per contro non pare ammissibile è che si crei una sorta di circolazione di certificazioni astratte*" (cfr. TAR Piemonte op. cit.), pertanto l'avvalimento della certificazione di qualità sarebbe possibile solo nel caso in cui l'ausiliaria metta contestualmente ed effettivamente a disposizione del concorrente per tutta la durata del contratto di appalto, non soltanto la certificazione, ma anche gli elementi oggettivi connessi a tale requisito qualitativo, ossia " *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) "(cfr. Cons. Stato op. cit.). Ma proprio in tale passaggio si rinviene l'equivoco di fondo: il concorrente, che decidesse di avvalersi non solo di determinati beni aziendali di un terzo (mezzi, personale, ecc.), ma dell'intera struttura aziendale altrui "certificata" - come nel caso di specie - sarebbe tenuto ad eseguire tutta la commessa pubblica esclusivamente con la struttura avvalsa, dato che è l'unica certificata, non potendo utilizzare la propria non certificata, con la conseguenza, sotto il profilo operativo, che 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 e, infine, 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'aggiudicataria non potrebbe, comunque, giovare dell'orientamento giurisprudenziale a lei più favorevole, in quanto le pronunce sopra richiamate, al fine di evitare la circolazione di attestazioni astratte, richiedono che l'ausiliaria si impegni nei confronti dell'avvalente e, soprattutto, della stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto il proprio apparato organizzativo. Condizione questa, che, nel caso di specie, non risulta affatto rispettata. Il contratto di avvalimento esibito, infatti, prevede che l'ausiliaria si obbliga nei confronti del solo concorrente avvalso "*a coprire l'intero appalto, il requisito del possesso di certificazione di qualità ISO 9001, nonché a mettere a disposizione le risorse per consentire la fornitura limitatamente a trattori agricoli forestali predisposti al montaggio di accessori*". Con separato atto, inoltre, l'ausiliaria, ha dichiarato di obbligarsi verso la Buccione Commerciale srl e verso la stazione appaltante a mettere a "*disposizione per tutta la durata dell'appalto e limitatamente ai mezzi di propria fornitura (trattori agricoli forestali predisposti al montaggio di accessori), le risorse e il requisito della certificazione ISO.9001 di cui è carente l'impresa*". Ne deriva, quindi, che la società ausiliaria non ha messo a disposizione del concorrente l'intera organizzazione aziendale certificata, che le ha permesso di conseguire la certificazione di qualità 9001, di cui il primo ha inteso avvalersi, bensì le sole risorse necessarie per consentire la fornitura dei trattori agricoli, tanto è vero che con il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria, ha assunto "*la responsabilità solidale, limitatamente ai mezzi di sua fornitura (trattori agricoli forestali predisposti al montaggio di accessori) con l'impresa ausiliata nei confronti della stazione appaltante*".

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di aggiudicazione a favore della società Buccione Commerciale srl sia illegittimo, risultando tale società priva del requisito soggettivo di qualità, richiesto dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito