

Massime per Atto Ricercato: Parere di Precontenzioso n. 97 del 19/05/2011 - rif. PREC 305/10/F

Parere di Precontenzioso n. 97 del 19/05/2011 - rif. PREC 305/10/F d.lgs 163/06 Articoli 43 - Codici 43.1

L'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 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).

Parere di Precontenzioso n. 97 del 19/05/2011 - rif. PREC 305/10/F d.lgs 163/06 Articoli 49 - Codici 49.1

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 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 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.