



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 120 del 10 febbraio 2016

OGGETTO: Richiesta di parere presentata dal Comune di Palermo – Rete fognaria a sistema separato in via Messina Marine (dal fiume Oreto a Piazza Sperone) e relativo impianto di sollevamento – Affidamento dell’incarico di verifica del progetto esecutivo – Applicabilità dell’istituto dell’avvalimento ex art. 50 del d.lgs. 163/2006 ad entrambi i requisiti di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) e lettera b)2 del D.P.R. 207/2010 o solo ad uno di essi.

AG 8/2016/AP

Avvalimento – certificazione di qualità – accreditamento

Si ritiene di confermare, relativamente al requisito di cui all’art. 48, comma 1, lettera b)2 del D.P.R. n. 207/2010, l’orientamento già espresso da questa Autorità in diverse pronunce nel senso dell’inammissibilità dell’avvalimento della certificazione di qualità e di sostenere, altresì, relativamente al requisito di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 207/2010, l’inammissibilità del ricorso all’avvalimento per l’accreditamento, trattandosi in entrambi i casi di requisiti di natura soggettiva. Ciò al fine di scongiurare il pericolo che l’atto di verifica, essenziale per la validazione del progetto, sia sottoscritto da un soggetto privo degli imprescindibili requisiti di legge.

Come chiarito nella determinazione dell’Autorità n. 2/2012 “La certificazione di qualità esprime ed assicura 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 committenza e, più in generale, del mercato di riferimento. Pertanto, il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l’intera struttura aziendale; ne deriva che proprio l’intima correlazione tra l’ottimale gestione dell’impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un’implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall’intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità”.

L’accreditamento, a sua volta, attesta la competenza di un organismo a svolgere determinati compiti nell’ambito della valutazione di conformità. Trattandosi, nel caso di specie, di Organismi di Ispezione accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, l’accreditamento attesta e riconosce formalmente la competenza dell’organismo ad effettuare attività di ispezione, definita come “Esame di un progetto, di un prodotto, di un servizio, di un processo, di un impianto e determinazione della loro conformità a requisiti specifici o, sulla base di “un giudizio professionale”, a requisiti di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

carattere generale” (UNI CEI EN ISO/IEC 1720 punto 2.1.). L’accreditamento assume, quindi, il carattere di una “certificazione dei certificatori” e come la certificazione di qualità manifesta un *modus operandi* che è tipico dell’organismo nel suo complesso e costituisce, pertanto, anch’esso un requisito soggettivo non esportabile né tantomeno cedibile ad altri soggetti, se disgiunto dall’intero complesso aziendale nel quale è stato sviluppato.

Artt. 49 e 50 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Visto l’appunto dell’Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato in fatto

Con nota acquisita al prot. n. 161192 del 27 novembre 2015, il Comune di Palermo ha sottoposto all’attenzione di questa Autorità una richiesta di parere in ordine alla fattispecie indicata in oggetto.

Nello specifico, l’Amministrazione istante ha rappresentato di dover procedere all’affidamento dell’incarico di verifica del progetto esecutivo, ex artt. 93, comma 6 e 112, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, di importo pari a euro 50.827,46, relativo all’intervento in oggetto di importo pari a euro 14.572.266,10, di cui euro 11.414.423,47 per lavori.

In ragione del suddetto importo dei lavori e della circostanza che il Comune di Palermo non è dotato di alcun sistema di controllo interno della qualità coerente con i requisiti della norma UNI EN ISO 9001, i soggetti a cui può essere affidato l’incarico in questione sono: - gli Organismi di Ispezione, di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 207/2010; ovvero, - i soggetti di cui all’art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) del d.lgs. n. 163/2006 che, ai sensi dell’art. 48, comma 1, lettera b)2 del D.P.R. n. 207/2010, devono disporre di un sistema interno di controllo di qualità, dimostrato attraverso il possesso della certificazione di conformità alla norma UNI EN ISO 9001, rilasciata da Organismi di certificazione accreditati da enti partecipanti all’European cooperation for accreditation (EA).

Inoltre, tenuto conto che l’importo dell’incarico di verifica è pari a euro 50.827,46 e che, sensi dell’art. 12 della L.R. 12/11, è stato costituito l’Albo Unico regionale “*ove sono iscritti, ad istanza di parte, i professionisti ai quali possono essere affidati, con le modalità previste dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, i servizi di cui all’Allegato II A, categoria 12 dello stesso decreto legislativo, di importo complessivamente non superiore ad*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

euro 100.000”, l’Amministrazione comunale per affidare l’incarico in questione dovrà operare la propria scelta attingendo a detto albo.

Si chiede, pertanto, di sapere se è possibile applicare l’istituto dell’avvalimento ex art. 50 del d.lgs. n. 163/2006 ad entrambi i requisiti di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) e lettera b)2 del D.P.R. 207/2010 o solo ad uno di essi, al fine di assicurare la massima partecipazione alla suddetta procedura selettiva.

Nel merito, il Comune istante ricorda che, in un quadro giurisprudenziale invero non uniforme, la circostanza che i suddetti requisiti non possano essere oggetto di avvalimento, in quanto di natura soggettiva, sembrerebbe suffragata dalla sentenza del TAR Lazio, Sez. Iter, n. 4130/2013 e dalla sentenza di conferma emessa dal Consiglio di Stato, Sez. III, n. 887/2014, nonché dalla determinazione dell’Autorità n. 2/2012.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, si richiama preliminarmente il quadro normativo di riferimento per la fattispecie in esame.

Ai sensi dell’art. 93, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, *“In relazione alle caratteristiche e all’importanza dell’opera, il regolamento, con riferimento alle categorie di lavori e alle tipologie di intervento e tenendo presenti le esigenze di gestione e di manutenzione, stabilisce criteri, contenuti e momenti di verifica tecnica dei vari livelli di progettazione”*.

Con specifico riguardo alla verifica della progettazione prima dell’inizio dei lavori, il successivo art. 112, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006 precisa che *“Con il regolamento sono disciplinate le modalità di verifica dei progetti, attenendosi ai seguenti criteri: a) per i lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, la verifica deve essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020; b) per i lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità, ovvero da altri soggetti autorizzati secondo i criteri stabiliti dal regolamento”*.

Poiché nel caso di specie, come riferito dall’Amministrazione comunale istante, i lavori sono di importo inferiore a 20 milioni di euro (importo dell’intervento pari a euro 14.572.266,10, di cui euro 11.414.423,47 per lavori) e il Comune di Palermo non è dotato di alcun sistema di controllo interno della qualità coerente con i requisiti della norma UNI EN ISO 9001, ai sensi dell’art. 48, comma 1, lettera b) del D.P.R. n. 207/2010 la stazione appaltante, per il tramite del responsabile del procedimento, può affidare l’appalto di servizi avente ad oggetto la verifica della progettazione ai seguenti soggetti: - agli Organismi di Ispezione di tipo A e di tipo C, accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020 da enti partecipanti all’European cooperation for accreditation (EA), di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 207/2010 a cui fa espresso rinvio l’art. 48,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comma 1 lettera b)1; ovvero, - ai soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) del d.lgs. n. 163/2006 che, ai sensi dell'art. 48, comma 1, lettera b)2 del D.P.R. n. 207/2010, devono disporre di un sistema interno di controllo di qualità, dimostrato attraverso il possesso della certificazione di conformità alla norma UNI EN ISO 9001, rilasciata da Organismi di certificazione accreditati da enti partecipanti all'European cooperation for accreditation (EA).

Inoltre, considerato che l'importo dell'incarico di verifica è pari a euro 50.827,46 e che, sensi dell'art. 12 della L.R. 12/11, è stato costituito l'Albo Unico regionale *“ove sono iscritti, ad istanza di parte, i professionisti ai quali possono essere affidati, con le modalità previste dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, i servizi di cui all'Allegato II A, categoria 12 dello stesso decreto legislativo, di importo complessivamente non superiore ad euro 100.000”*, l'Amministrazione comunale dovrà attingere al suddetto albo dei professionisti per affidare, ex art. 91, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, l'incarico in questione secondo la procedura negoziata prevista dall'art. 57, comma 6 del Codice stesso.

Indubbiamente il quesito sottoposto, concernente la possibilità di applicare l'istituto dell'avvalimento, ex art. 50 del d.lgs. n. 163/2006, ad entrambi i requisiti di cui all'art. 48, comma 1, lettera a) e lettera b)2 del D.P.R. 207/2010 o solo ad uno di essi, acquista rilevanza sotto il profilo dell'ampiezza della scelta, da parte della stazione appaltante, dei soggetti iscritti all'Albo regionale dei professionisti suscettibili di invito *“nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura negoziata prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei”*, come stabilito dall'art. 91, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006.

Infatti, se si ritenesse applicabile il predetto istituto ad entrambi i requisiti in oggetto, potrebbero essere invitati alla procedura selettiva, da svolgere a cura del responsabile del procedimento, non soltanto i professionisti iscritti nel suddetto Albo regionale che possiedono *“in proprio”* i requisiti in questione prescritti dalla legge, ma anche quei professionisti iscritti che, pur non avendo di per sé detti requisiti, intendono utilizzare quelli di altri soggetti dando la prova di averne una disponibilità effettiva per tutta la durata del contratto pubblico, con conseguente ampliamento della platea dei concorrenti alla procedura medesima.

Tuttavia, pur apprezzando l'intento proconcorrenziale manifestato nella richiesta di parere in esame, si ritiene di confermare, relativamente al requisito di cui all'art. 48, comma 1, lettera b)2 del D.P.R. n. 207/2010, l'orientamento già espresso da questa Autorità in diverse pronunce (cfr., da ultimo, determinazione n. 2 del 1 agosto 2012) nel senso dell'inammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità e di sostenere, altresì, relativamente al requisito di cui all'art. 48, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 207/2010, l'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per l'accREDITAMENTO, trattandosi in entrambi i casi di requisiti di natura soggettiva. Ciò al fine di scongiurare il pericolo che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'atto di verifica, essenziale per la validazione del progetto, sia sottoscritto da un soggetto privo degli imprescindibili requisiti di legge.

Come chiarito nella citata determinazione dell'Autorità n. 2/2012 *“La certificazione di qualità esprime ed assicura 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 committenza e, più in generale, del mercato di riferimento. Pertanto, il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità”*.

L'accreditamento, a sua volta, attesta la competenza di un organismo a svolgere determinati compiti nell'ambito della valutazione di conformità. Trattandosi, nel caso di specie, di Organismi di Ispezione accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, l'accreditamento attesta e riconosce formalmente la competenza dell'organismo ad effettuare attività di ispezione, definita come *“Esame di un progetto, di un prodotto, di un servizio, di un processo, di un impianto e determinazione della loro conformità a requisiti specifici o, sulla base di “un giudizio professionale”, a requisiti di carattere generale”* (UNI CEI EN ISO/IEC 1720 punto 2.1.)

L'accreditamento assume, quindi, il carattere di una *“certificazione dei certificatori”* e come la certificazione di qualità manifesta un *modus operandi* che è tipico dell'organismo nel suo complesso e costituisce, pertanto, anch'esso un requisito soggettivo non esportabile né tantomeno cedibile ad altri soggetti, se disgiunto dall'intero complesso aziendale nel quale è stato sviluppato.

Con particolare riguardo alla certificazione di qualità, questa Autorità non ignora che la questione della possibilità di avvalersi di detta certificazione è tuttora dibattuta e controversa. Si ritengono, tuttavia, ancora validi gli argomenti esposti nella citata determinazione n. 2/2012 a sostegno della tesi dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità, di seguito sinteticamente richiamati.

In primo luogo, si è osservato che il legislatore italiano ha recepito l'istituto dell'avvalimento nell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, riconoscendogli la stessa portata attribuitagli dal diritto comunitario. La norma nazionale, infatti, come quella comunitaria, ne circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo nonché alla certificazione SOA. Pertanto, l'istituto dell'avvalimento ha portata generale solo nel perimetro sopra evidenziato. La certificazione di qualità, infatti, non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

agli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, ma risulta disciplinata da un altro articolo del Codice dei contratti pubblici, l'art. 43.

In secondo luogo, si è evidenziato che il citato art. 43 del d.lgs. n. 163/2006 qualifica la certificazione di qualità come attestazione dell'“*ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità*”, ossia quelle identificate a livello europeo con l'acronimo ISO 9001. Ciò consente l'assimilazione della certificazione di qualità ad un requisito soggettivo, in quanto attinente 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 avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità.

Del resto la stessa giurisprudenza favorevole al ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso della certificazione di qualità, non ha potuto fare a meno di osservare – a fronte dell'astratta affermazione di operatività generale dell'avvalimento – 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*”, concludendo nel senso 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)*” (Consiglio di Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Risulta evidente, tuttavia, 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 dei contratti pubblici 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

eseguire il contratto di appalto senza assumere “l’organizzazione dei mezzi necessari” propria del singolo appaltatore (cfr. parere di precontenzioso n. 6 del 8 febbraio 2012 e parere di precontenzioso n. 80 del 5 maggio 2011).

In conclusione, alla luce del complesso delle considerazioni sopra rappresentate, si ritiene preferibile interpretare gli artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163/2006 nel senso dell’inammissibilità dell’avvalimento del requisito della certificazione di qualità di cui all’art. 48, comma 1, lettera b)2 del D.P.R. n. 207/2010 e nel senso dell’inammissibilità del ricorso all’avvalimento per il requisito dell’accreditamento di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 207/2010, trattandosi in entrambi i casi di requisiti di natura soggettiva.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- è preferibile interpretare gli artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163/2006 nel senso dell’inammissibilità dell’avvalimento del requisito della certificazione di qualità di cui all’art. 48, comma 1, lettera b)2 del D.P.R. n. 207/2010 e nel senso dell’inammissibilità del ricorso all’avvalimento per il requisito dell’accreditamento di cui all’art. 48, comma 1, lettera a) del D.P.R. n. 207/2010, trattandosi in entrambi i casi di requisiti di natura soggettiva.

Il Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 febbraio 2016

Il Segretario, Maria Esposito