

Certificato di qualità in prestito se c'è la messa a disposizione dell'organizzazione aziendale

Il Consiglio di Stato apre alla possibilità che l'avvalimento venga utilizzato anche per la certificazione di qualità. Non può però trattarsi di un prestito astratto ma deve riguardare l'intero apparato organizzativo che ha permesso di ottenere la certificazione.

DI ROBERTO MANGANI

La certificazione di qualità aziendale può essere oggetto di avvalimento, nel senso che è suscettibile di essere "prestata" da chi ne sia in possesso al concorrente alla gara che ne sia sprovvisto. Ma questa teorica possibilità di prestito deve poi trovare concretizzazione in un contratto di avvalimento che metta a disposizione non il titolo astratto, ma l'intera organizzazione aziendale che giustifica l'attribuzione della certificazione di qualità.

Con la fissazione di questi principi il Consiglio di Stato, sezione III, 18 aprile 2011, n. 2344 interviene su una questione che in passato è stata oggetto di contrasti interpretativi anche in giurisprudenza. Le indicazioni offerte dal massimo giudice amministrativo da un lato vanno nel senso dell'estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento; dall'altro, impongono alcune cautele per evitare che il prestito del requisito costituito dalla certificazione di qualità sia svuotato di contenuto concreto.

Il fatto

Un ente appaltante aveva svolto una procedura di gara per l'affida-

Testo a pagina 20

mento di un appalto di servizi alberghieri, socio-assistenziali infermieristici e di pulizia. Contro l'aggiudicazione della gara aveva presentato ricorso un'impresa concorrente che era stata esclusa in quanto ritenuta priva del requisito della certificazione

Gli unici requisiti esclusi sono quelli di carattere generale poiché riguardano la moralità del concorrente

di qualità, che l'ente appaltante aveva indicato come condizione di ammissione.

Il concorrente escluso, di per sé non in possesso della certificazione di qualità, era ricorso all'avvalimen-

to, prendendo in prestito il requisito da un soggetto terzo. L'ente appaltante, tuttavia, aveva ritenuto non legittima questa modalità, sul presupposto che la certificazione di qualità non potesse essere oggetto di avvalimento.

Il Tar ha accolto il ricorso del concorrente escluso mentre il Consiglio di Stato, pur ritenendo legittimo l'avvalimento, ha evidenziato come nel caso di specie il contratto tra impresa principale e impresa ausiliaria non fosse idoneo a comprovare l'effettivo prestito del requisito costituito dalla certificazione di qualità.

La questione su cui il giudice amministrativo si è pronunciato ha quindi un duplice profilo. In via primaria il tema è se la certificazione di qualità possa formare oggetto di avvalimento. In via derivata, qualora si risolva in senso positivo il primo quesito, si tratta di stabilire quali siano le modalità e gli eventuali vincoli affinché il prestito del requisito possa avvenire in maniera legittima.

Le ragioni del no

Secondo un primo orientamento la certificazione di qualità non potrebbe essere oggetto di prestito

da un soggetto a un altro. Ciò in quanto tale certificazione è da considerarsi un requisito di natura soggettiva, legato cioè alle caratteristiche intrinseche del soggetto che ne è portatore, come tali non suscettibili di essere acquisite dall'esterno attraverso il prestito da un terzo (Tar Sardegna, sezione I, 24 febbraio 2011, n. 160; 6 aprile 2010, n. 665).

Questa tesi sottolinea come l'articolo 49 del Dlgs 163 prevede che possano formare oggetto di avvalimento solo i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, nonché la certificazione Soa. Non vi è spazio quindi per requisiti di natura soggettiva, come è da ritenersi la certificazione di qualità in quanto mira a garantire che la specifica impresa oggetto di certificazione svolga la prestazione secondo determinati standard di qualità (in questo senso anche l'Autorità dei contratti pubblici nel parere n. 254 del 10 dicembre 2008).

D'altronde, secondo questa tesi, sarebbe indicativo che il legislatore, mentre ha espressamente previsto che possa essere oggetto di avvalimento la certificazione Soa, nulla abbia detto a proposito della certificazione di qualità. A riprova che quest'ultimo requisito non attiene alla sfera delle capacità economico-finanziarie o tecnico-organizzative, ma inerisce a elementi che disegnano il profilo soggettivo dell'impresa, come tali non suscettibili di prestito.

E quelle del sì

A fronte dell'orientamento negativo se ne contrappone un altro che invece va nel senso di ammettere l'avvalimento della certificazione di qualità.

Questo orientamento parte dal presupposto che gli unici requisiti insuscettibili di essere prestati sono quelli di carattere generale di cui all'articolo 38 del Dlgs 163. Tali requisiti, infatti, attengono all'idoneità morale dei concorrenti, cioè a elementi che riguardano la moralità del soggetto e che sono, come tali, intrinsecamente connessi alle sue caratteri-

stiche personali (Tar Basilicata, sezione I, 3 maggio 2010, n. 220).

La certificazione di qualità non rientra in questa categoria di requisiti. Essa infatti si risolve in una certificazione attraverso cui un soggetto a ciò qualificato attesta che l'organizzazione imprenditoriale è conforme ai requisiti specificati da determinate norme tecniche, idonei a garantire un certo livello di qualità nello svolgimento delle prestazioni. In sostanza il contenuto tipico della certificazione di qualità attiene al sistema gestionale dell'azienda e all'efficacia del suo processo operativo.

In questa logica, la certificazione di qualità va qualificata come un requisito di carattere tecnico-organizzativo, come tale suscettibile di avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del Dlgs 163.

La richiesta di contenuti precisi punta a evitare che si crei una circolazione di certificazioni astratte

Il Consiglio di Stato

In questa direzione si muove anche la sentenza del Consiglio di Stato in commento. In realtà il massimo giudice amministrativo non si spinge fino al punto di qualificare la certificazione come un requisito tecnico-organizzativo, parlando piuttosto di un requisito di natura soggettiva. E tuttavia sottolinea come non vi sia alcuna preclusione in merito alla possibilità che formino oggetto di avvalimento anche requisiti di questa natura, che cioè attengano alle caratteristiche del soggetto ma siano comunque diversi dai requisiti generali di cui all'articolo 38.

Ciò anche alla luce dei principi dell'ordinamento comunitario che mirano a incrementare la concorrenza e che suggeriscono quindi di evi-

tare ogni lettura restrittiva dell'istituto dell'avvalimento, che avrebbe come risultato ultimo proprio quello di restringere il confronto concorrenziale.

In verità se le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato appaiono condivisibili, sarebbe forse stato più coerente aderire all'impostazione volta a sottrarre la certificazione di qualità all'ambito dei requisiti di natura soggettiva per inquadrarla, come detto poco sopra, tra i requisiti tecnico-organizzativi. Attestare la "qualità" di un soggetto, infatti, significa verificare che la sua organizzazione produttiva presenti degli standard conformi alle regole proprie di un determinato sistema che risponde a regole codificate e idonee a conferire il «marchio di qualità» a specifici prodotti o processi.

In questa logica, peraltro, non si vede perché l'avvalimento dovrebbe essere consentito per il prestito della Soa e non per la certificazione di qualità. In entrambi i casi, infatti, si tratta di un requisito che attiene al complesso dell'organizzazione aziendale e che viene attribuito a un determinato soggetto a valle di una serie di verifiche che non attengono a un singolo aspetto ma a una pluralità di elementi che riguardano il processo produttivo complessivamente considerato.

Le condizioni

Una volta ammessa, in via di principio, la possibilità che la certificazione di qualità sia oggetto di avvalimento, il Consiglio di Stato si è tuttavia preoccupato di individuare delle modalità di ricorso a questa possibilità ispirate a una giusta cautela.

Il giudice amministrativo ha infatti rilevato come nel caso in questione ci si debba confrontare con la difficoltà pratica di dimostrare il prestito di un requisito che non si identifica con elementi specifici, ma che investe l'intera organizzazione aziendale, comprensiva delle procedure interne e del know how tipico dell'impresa. Per aversi avvalimento

IL REQUISITO DELLA CORRISPONDENZA

Va peraltro evidenziato che solo accogliendo l'impostazione "sostanzialista" del Consiglio di Stato si garantisce che, anche in relazione all'istituto dell'avvalimento, vi sia una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione. Va infatti sempre considerata l'esigenza dell'ente appaltante che l'impresa che in sede di gara si è avvalsa di un'impresa ausiliaria disponga poi effettivamente in fase esecutiva delle risorse proprie di quest'ultima e di cui essa è carente, poiché solo in questo modo si assicurano i presupposti per il corretto adempimento delle prestazioni oggetto dell'appalto.

della certificazione di qualità, infatti, è necessario che l'impresa ausiliaria che presta il suddetto requisito metta a disposizione non il valore «certificazione di qualità» astrattamente considerato, bensì il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che hanno giustificato l'attribuzione del requisito in parola (mezzi, personale, procedure etc.).

In questo senso il contratto di avvalimento, per essere coerente al suo scopo, non può limitarsi a prevedere la messa a disposizione, in termini generici e astratti, della certificazione di qualità, ma deve contenere un esplicito impegno dell'impresa ausiliaria a rendere disponibili le strutture, il personale qualificato, le tecniche operative e tutti gli altri elementi concreti che sono in qualche modo collegati alla "qualità" di cui l'impresa è titolare.

Evitare prestiti «vuoti»

L'intento del Consiglio di Stato è evidente. Imponendo contenuti concreti e molto ben definiti al contratto di avvalimento si vuole impedire che si crei una sorta di circolazione di certificazioni astratte, del tutto scollegate dal substrato sostanziale che ne costituisce invece il presupposto necessario. Ciò anche per evitare che si possa avere una situazione di prestito indefinito della certificazione di qualità che, qualora non accompagnata dalla messa a disposizione di tutti gli elementi concreti che costituiscono parte integrante dell'organizzazione aziendale, diventerebbe un vuoto simulacro da poter prestare

a un numero indeterminato di soggetti (in questo senso si era espresso anche Tar Toscana, sezione I, 15 gennaio 2010, n. 224).

Si deve peraltro rilevare come accogliendo questa impostazione – che in effetti appare la sola coerente con un utilizzo corretto dell'istituto dell'avvalimento – si potrebbe avere una situazione particolare nei rapporti trilaterali tra stazione appaltante, impresa principale e impresa ausiliaria. Se infatti l'impresa ausiliaria che presta la propria certificazione di qualità è obbligata a mettere a disposizione una serie articolata di elementi che in sostanza si identificano con l'organizzazione aziendale, può accadere che sia tale organizzazione a essere utilizzata per il materiale svolgimento della prestazione oggetto del contratto di appalto, mentre l'impresa principale finirebbe per rimanere la semplice titolare formale del rapporto contrattuale con l'ente appaltante, assumendo tuttalpiù una funzione di supervisione e coordinamento dell'attività dell'impresa ausiliaria. In sostanza si produrrebbe una scissione tra la titolarità formale del contratto e la materiale esecuzione dello stesso, che peraltro sarebbe la logica conseguenza della carenza in capo all'impresa principale (e titolare del contratto) dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, per eseguire la prestazione.

Conclusioni

Proprio le considerazioni operate dal giudice amministrativo in ordi-

ne ai contenuti del contratto di avvalimento meritano qualche ulteriore riflessione.

Riveste grande importanza, infatti, l'affermazione del principio secondo cui il prestito di un requisito non si può risolvere nell'astratta messa a disposizione dello stesso, ma deve comportare la disponibilità degli elementi materiali che hanno una corrispondenza funzionale con il requisito medesimo. Peraltro, mentre vi sono alcuni requisiti che si traducono in maniera immediata in elementi di carattere materiale (mezzi d'opera, organico), per i quali l'avvalimento consisterà nel prestito di tali specifici elementi, più problematica si presenta la situazione con riferimento ai requisiti immateriali, quali ad esempio il fatturato o le prestazioni analoghe. Ed è proprio con riferimento a questa tipologia di requisiti che la pronuncia del Consiglio di Stato presenta un interesse particolare.

Infatti, se il principio affermato in relazione al prestito della certificazione di qualità è che esso deve concretizzarsi nella messa a disposizione dell'organizzazione aziendale che ha consentito di ottenere la certificazione, tale principio sembra potersi estendere per analogia anche ai requisiti del fatturato o delle prestazioni analoghe.

Questi ultimi, infatti, sono stati ottenuti dall'impresa ausiliaria attraverso l'utilizzo del complesso dei mezzi e delle risorse che costituiscono l'azienda, con la conseguenza che per farne oggetto di prestito occorre mettere a disposizione tale complesso di mezzi e risorse, che in pratica si sostanzia nell'organizzazione aziendale complessivamente considerata. Solo in questo modo, infatti, si evita il pericolo – correttamente evidenziato dal Consiglio di Stato – che l'avvalimento si risolva in una mera circolazione astratta di certificati e documenti, cui non corrisponde alcuna messa a disposizione di elementi sostanziali. ■

Avvalimento esteso alla certificazione di qualità Il sì di Palazzo Spada

Anche la certificazione di qualità aziendale può essere data in prestito. Ma il contratto di avvalimento deve riguardare l'effettiva messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria, della propria organizzazione aziendale.

**CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE TERZA
SENTENZA DEL 18 APRILE 2011, N. 2344
(Presidente: Lodi - Estensore: Silvestro)**

FATTO E DIRITTO

1. La sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto dalla Co... So... So..., per l'annullamento degli atti, adottati dall'ente Opere Pie Decentrate «G. Didari», riguardanti l'aggiudicazione alla impresa Kc... Ca... Co... So... (di seguito «Kc...») dell'appalto dei servizi alberghieri, socio assistenziali infermieristici e di pulizia.

2. L'appellante contesta la decisione di accoglimento.

L'originaria ricorrente resiste al gravame, mentre l'amministrazione non si è costituita in giudizio.

3. Il Tar ha ritenuto illegittima l'esclusione della ricorrente di primo grado So... dalla gara.

Secondo la stazione appaltante, l'impresa concorrente non avrebbe dimostrato il requisito soggettivo concernente il possesso della certificazione di qualità «Uni En Iso 9001 e/o 9002 per i servizi oggetto del presente appalto», prescritto dalla *lex specialis* di gara.

A dire dell'amministrazione, a tale scopo non sarebbe idonea la produzione del contratto di avvalimento stipulato con la società cooperativa Al... Co... So..., relativo alla «messa a disposizione» del possesso di tale certificazione.

In particolare, secondo la deliberazione di approvazione dell'esito della gara, «l'assenza di certificazioni

di qualità e la scelta dell'avvalimento delle certificazioni di ditta terza rappresenta una condizione di esclusione insanabile. Infatti un parere della Avcp (allegato alla relazione della commissione di gara) sottolinea che la certificazione di qualità è requisito soggettivo e quindi non cedibile».

4. Secondo il Tar, è illegittimo il provvedimento di esclusione, nella parte in cui ha rifiutato, in radice, l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento, in relazione a requisiti, come quello riguardante il possesso della certificazione di qualità, «di natura soggettiva».

5. La Sezione condivide, in termini generali, la ricostruzione giuridica svolta dalla sentenza di primo grado, ma non le implicazioni concrete riferite alla particolare fattispecie in esame.

Infatti, 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 (peraltro, sulla base di una motivazione piuttosto sintetica e ancora non consolidato), che ha

affermato l'esistenza di un divieto assoluto e inderogabile di ricorrere all'avvalimento, per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di «qualità».

6. Tuttavia, una volta ammessa l'astratta operatività dell'avvalimento, 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.

In questo contesto, 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).

7. Nel caso di specie, il «contratto di avvalimento» esibito dalla società ricorrente si limita a prevedere la disponibilità (generica e astratta) della certificazione Iso posseduta dall'impresa ausiliaria, accompagnata dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Non emerge, in alcun modo, che il contratto prodotto in sede di gara stabilisca anche un chiaro impegno dell'impresa ausiliaria di fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva «concessa».

Né può ritenersi che tale impegno comprenda, implicitamente, anche quello relativo alla concreta «cessione» dei mezzi organizzativi correlati al conseguimento della certificazione.

Detto obbligo esecutivo, poi, non deriva nemmeno dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

8. Solo successivamente, in questo grado di appello, la parte appellata ha esibito un atto da cui risulterebbe l'impegno della ausiliaria diretto a mettere a disposizione, fra l'altro, «processi produttivi certificati, know how sul controllo di qualità e sulla rilevazione e analisi delle attività».

Si tratta, però, di un atto del tutto nuovo rispetto alla documentazione allegata all'offerta in sede di gara, che non ha valenza meramente ricognitiva od esplicitiva del precedente contratto di avvalimento.

Ne deriva che la carenza del prescritto requisito soggettivo di qualità non potrebbe essere tardivamente sanata.

In sintesi, nella vicenda in esame risulta carente proprio il presupposto della idoneità del contratto di avvalimento esibito dall'impresa interessata.

9. La parte appellata obietta, al riguardo, che la questione della idoneità concreta del «contratto di

avvalimento» non è stata prospettata dall'amministrazione nel provvedimento impugnato. Né essa ha formato oggetto di approfondite deduzioni difensive delle parti. Al punto che il Tar, con statuizione non espressamente impugnata dall'appellante, ha affermato l'irrelevanza di tale problematica ai fini della valutazione di illegittimità dell'esclusione.

10. Le argomentazioni processuali espresse dall'appellato, pur apprezzabili nei loro richiami alla puntuale applicazione del principio dispositivo nel processo amministrativo, non sono condivisibili.

A fronte della determinazione di esclusione, incentrata sulla asserita radicale inidoneità del contratto di avvalimento in questione a comprovare il possesso del requisito soggettivo di certificazione Iso, il ricorrente di primo grado avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza del proprio interesse a coltivare l'impugnazione. A tale fine avrebbe dovuto allegare non solo l'erroneità della valutazione giuridica espressa dall'amministrazione, ma anche l'attitudine dell'atto allegato all'offerta a soddisfare il requisito prescritto, in relazione al quadro normativo di riferimento e alla sua corretta interpretazione.

11. D'altro canto, la considerazione delle caratteristiche minime necessarie per utilizzare l'istituto dell'avvalimento, allo scopo di dimostrare il possesso della certificazione di qualità, non costituisce una questione giuridica nuova o diversa rispetto alle due tesi giuridiche estreme, espresse dalla giurisprudenza, secondo cui, per tale categoria di requisiti, l'avvalimento è sempre ammesso o sempre escluso.

Sicché, il riferimento alla preferibile opinione «intermedia», in forza del quale l'avvalimento è ammesso solo in presenza della dimostrazione di una disponibilità concreta degli elementi oggettivi connessi a tale requisito qualitativo, rappresenta il corretto sviluppo delle argomentazioni compiute per vagliare la fondatezza dei motivi di ricorso.

Tale profilo della controversia, pertanto, ben può essere esaminato, in secondo grado, anche in assenza della esplicita deduzione di un apposito motivo di appello.

Né può trascurarsi che tale aspetto della vicenda abbia formato oggetto di discussione in sede di esame dell'istanza cautelare.

12. In definitiva, quindi, l'appello deve essere accolto, con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado ed assorbimento degli ulteriori motivi di appello.

Le spese dei due gradi possono essere compensate.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

Accoglie l'appello e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado. Spese compensate. ■