

Un requisito qualità o iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del D.lgs n. 152 del 2006 avendo natura prevalentemente soggettiva, non può essere oggetto di avalimento (TAR N. 10080/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Se nemmeno la qualità può essere oggetto di avalimento, allora non vi è nemmeno la possibilità di dimezzamento della cauzione

Ove vi sia una soggettività dell'iscrizione ovvero un requisito che non può essere prestato se disgiunto dall'organizzazione che l'ha conseguita, non vi può essere avalimento

Osservazioni.

secondo la tesi del tar lazio, la certificazione di qualità non potrebbe essere oggetto di avalimento

di conseguenza, non vi è possibilità, per una ditta non in possesso di detta certificazione, di poter dimezzare la cauzione provvisoria

tesi assolutamente contrastante con:

la decisione numero 2344

del 18 aprile 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

<<Anche la qualità può essere oggetto di avalimento e quindi ottenere il dimezzamento della cauzione a

patto che ci sia concreta “cessione” dei mezzi organizzativi correlati al conseguimento della certificazione.

E’ possibile avvalersi della certificazione di qualità di altra impresa ma quest’ultima dovrà fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva “concessa”.

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”.

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).

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>>

per partecipare ad una procedura selettiva per l'affidamento di un appalto pubblico, è necessario il possesso di determinati requisiti richiesti dal bando che, in via generale, si distinguono in "soggettivi" e "oggettivi".

Ora, mentre i requisiti "soggettivi", attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile ricorrere all'avvalimento,

quelli "speciali o oggettivi" fanno invece riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione.

A quest'ultima categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che, di regola, possono essere oggetto di avvalimento da parte dell'impresa che ne è sprovvista, proprio perché si tratta di acquisire la disponibilità di risorse e mezzi e non di situazioni meramente soggettive

L'art. 49, comma 1, del D.lgs n. 163 del 2006 fa altresì espresso riferimento alle attestazioni SOA che, invero, costituiscono un attestato obbligatorio che comprova la capacità economica e tecnica di un'impresa di qualificarsi per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori di importo maggiore a euro 150.000,00, e conferma inoltre che il soggetto certificato è in possesso dei requisiti necessari per contrattare con i soggetti pubblici.

Dalla normativa citata può quindi evincersi che l'istituto dell'avvalimento è da ritenersi finalizzato a soddisfare quei requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze (in termini di solidità economica-finanziaria e di struttura organizzativa composta, in particolare, da esperienza e da risorse umane e strumentali) avvalendosi e quindi utilizzando, quando necessario per l'espletamento dell'appalto, i requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria.

Passaggio tratto dalla sentenza numero 10080 del 22 dicembre 2011 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

il Collegio ritiene che sia fondata la censura relativa all'illegittimità del ricorso all'avvalimento da parte della società Ricorrente per dimostrare il possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del D.lgs n. 152 del 2006.

Sussistono, tuttavia, requisiti di cui è non è agevole stabilire l'esatta natura, soggettiva o oggettiva (come nel caso della certificazione di qualità e, con riferimento al caso in esame, dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del D.lgs n. 152 del 2006), il che necessita uno specifico approfondimento al fine di valutare l'applicabilità, in questi casi, dell'istituto dell'avvalimento

Per quanto riguarda la certificazione di qualità, ovvero 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 stazione appaltante, va osservato (riprendendo considerazioni svolte dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nel documento di consultazione "L'avvalimento nelle procedure di gara", 2011) che il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; da ciò deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione di qualità aziendale un requisito connotato da un'implicita soggettività (ancorché rientrante fra i requisiti di ordine speciale e, più precisamente, tecnico-organizzativo) 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.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza, ma con tesi diverse: una più restrittiva che prende spunto dal concetto che la certificazione di qualità, essendo volta ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, debba essere ricondotta nel novero dei requisiti di ordine soggettivo di affidabilità che dovrebbero, in via di principio,

essere posseduti da chi esegue effettivamente la prestazione (ex multis, TAR Campania, Sez. I, 13 ottobre 2011 n. 4796).

Secondo un altro orientamento, meno rigido, la disciplina dell'articolo 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali, di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, mentre il requisito della certificazione di qualità - in quanto connesso ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività è conforme ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza - dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere (pur sempre) tecnico- organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento (TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 224).

Si registra, poi, un orientamento intermedio che sposa una posizione sostanzialistica (Cons. St., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344) ritenendo necessaria una effettiva corrispondenza tra fase della qualificazione e fase dell'esecuzione. In questo contesto, è onere del 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 ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e di tutti gli altri elementi aziendali).

Ciò premesso, il Collegio, riprendendo ancora le considerazioni svolte dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nel citato documento di consultazione, ritiene, anche con riferimento alla posizione "intermedia" da ultimo sintetizzata, che se l'impresa ausiliaria, che presta la propria certificazione di qualità, fosse obbligata a mettere a disposizione una serie di elementi che, in sostanza, si identificano con l'organizzazione aziendale, allora l'impresa principale (quella ausiliata) sarebbe titolare solo formalmente del rapporto contrattuale con l'ente appaltante, assumendo, al massimo, una funzione 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 principale (e titolare del contratto) dei requisiti necessari per partecipare alla gara e, quindi, per eseguire la prestazione.

Conseguentemente, anche se un altro operatore economico mettesse a disposizione la propria

certificazione di qualità e la relativa organizzazione d'impresa, la situazione soggettiva in cui verrebbe a trovarsi il concorrente avvalente non cambierebbe, dato che costui, comunque, continuerebbe a non ottemperare alle disposizioni in materia di qualità in relazione alla propria struttura d'impresa, con la quale partecipa alla gara ed è tenuto ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto.

A ben vedere, le argomentazioni svolte con riferimento alla certificazione di qualità aziendale valgono, a maggior ragione, con riferimento al possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale che, invero, oltre ad essere previsto obbligatoriamente dalla normativa nazionale (art. 212 del D.lgs n. 152 del 2006) e dalla lex specialis di gara, presuppone comunque una specifica organizzazione aziendale, necessaria per assicurare il corretto espletamento di attività delicate e/o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche. Ciò concretizza una soggettività dell'iscrizione che non è equiparabile ad un requisito da poter prestare se disgiunto dall'organizzazione che l'ha conseguita.

<https://www.diritto.it/un-requisito-qualita-o-iscrizione-all-albo-nazionale-dei-gestori-ambientali-di-cui-all-art-212-del-d-lgs-n-152-del-2006-avendo-natura-prevalentemente-soggettiva-non-puo-essere-oggetto-di-avvalimen/>