

Gara

# Avvalimento e certificazione di qualità

T.A.R. CAMPANIA, SALERNO, sez. I, 29 aprile 2011, n. 813 - Pres. ff. Guadagno - Est. Minichini - SO.GE.A.S. s.r.l. c. Comune di Scampitella e Puopolo Costruzioni

**In materia di appalti pubblici, la certificazione di qualità ISO 9000 è volta a garantire non soltanto l'idoneità professionale del concorrente, ma anche la obiettiva qualità dell'adempimento. Di conseguenza, deve ritenersi consentito l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici relativamente alla certificazione di qualità ISO 9000, a condizione che l'obbligazione dell'impresa ausiliaria non sia limitata alla concessione al concorrente del solo documento attestante la certificazione, ma abbia ad oggetto anche la messa a disposizione, nella fase esecutiva dell'appalto, del complesso dell'organizzazione aziendale oggetto di certificazione.**

**Deve ritenersi illegittima l'esclusione da una gara d'appalto di un concorrente per la mancata allegazione, nell'offerta economica, di copia del documento di identità del soggetto offerente, ove il bando non aveva espressamente previsto tale omissione a pena di esclusione e considerato che copia del documento era presente nelle altre buste, contenenti rispettivamente l'offerta tecnica e la documentazione amministrativa.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

|                 |  |
|-----------------|--|
| <b>Conforme</b> | T.A.R. Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344     |
| <b>Difforme</b> | T.A.R. Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665; Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756 |

### Diritto

I) La s.r.l. SO.GE.A.S., col ricorso principale, ha impugnato gli atti con i quali è stata esclusa dalla gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione urbana del Borgo Guardiola indetta dal Comune di Scampitella e coi quali la gara è stata provvisoriamente aggiudicata alla s.r.l. Puopolo Costruzioni, nonché il punto XI.4 comma 1 del bando; e, col ricorso con motivi aggiunti, la norma XI 2.2 del bando.

I.1) Il provvedimento di esclusione è stato adottato in ragione della mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identità del dichiarante.

I.2) Ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere la ricorrente afferma che, senza l'esclusione dalla gara, risulterebbe aggiudicataria dell'appalto.

II) Hanno precedenza d'esame i ricorsi incidentali dell'aggiudicataria controinteressata s.r.l. Puopolo Costruzioni.

II.1) Col primo motivo di gravame del primo ricorso incidentale, la Puopolo assume che la ricorrente principale non può ricorrere all'avvalimento di impresa ausiliaria previsto dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 a riguardo della certificazione del sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9000 richiesta dal bando di gara, trattandosi di requisito soggettivo che per tale carattere deve essere

posseduto direttamente dal concorrente aspirante all'appalto, ed a conforto richiama il parere (n. 254/2008) in tal senso espresso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

II.1.1) L'esame della censura richiede un breve *excursus* degli orientamenti giurisprudenziali in materia che, invero, non sono univoci e vanno da un'interpretazione rigorosa del suddetto art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 preveniente l'istituto dell'avvalimento ad altra estensiva includente la possibilità per il concorrente all'appalto di essere ausiliato anche nei casi come quello in esame, di avvalimento di certificazioni non strettamente ed intrinsecamente inerenti alle qualità soggettive dell'appaltatore.

II.1.2) L'orientamento restrittivo ha origine dal diffuso 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 (T.A.R. Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665).

II.1.3) L'orientamento estensivo (T.A.R. Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220), avvalorato dalla *ratio* dell'allargamento della concorrenzialità tra imprese sottesa all'istituto in discussione, osserva che:

– la disciplina dell'art. 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, risultando con ciò preclusa alle amministrazioni la possibilità di operare restrizioni al suo utilizzo e, pertanto, per una ragione logica, prima ancora che giuridica, dovrebbero essere insuscettibili di avvalimento i soli requisiti generali di cui agli artt. 38 e 39 del codice degli appalti, ossia quei requisiti di onorabilità, moralità e professionalità intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione; e, dunque, ad eccezione di tali requisiti, all'istituto dell'avvalimento dovrebbe riconoscersi portata generale, in quanto posto a presidio della libertà di concorrenza, in modo da rimuovere ogni ostacolo al libero esercizio dell'imprenditorialità in ambito comunitario e da garantire la massima partecipazione alle procedure di gara e la *par condicio* dei concorrenti;

– il requisito della certificazione di qualità - in quanto riconnesso semplicemente 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, a seguito di valutazione, sia 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, atteso che il contenuto dell'attestazione concerne, in sostanza, il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo e garantisce la stazione appaltante nella fase esecutiva del contratto, in quanto mira ad assicurare che l'impresa esegua l'attività oggetto dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni; ed, a voler diversamente opinare, si determinerebbe l'implausibile esclusione di alcuni soggetti operanti nel medesimo settore dalla possibilità di aggiudicazione di determinati contratti pubblici, comprimendo la loro libertà d'impresa e la possibilità di incrementare esperienza e capacità professionale;

– il terzo che "presti", in via di ausiliatore, la propria certificazione di qualità, non si limita al prestito del solo "documento" contenente la certificazione, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, e siffatta obbligazione vale a garantire l'interesse dell'Amministrazione ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni per la gestione dell'appalto, risultando, per ciò solo ed in definitiva, ben possibile che l'impresa concorrente assuma le vesti di un mero centro di imputazione di rapporti giuridici e limiti la sua attività al coordinamento delle prestazioni dell'impresa ausiliaria;

– del resto, la legge prevede che, nell'ipotesi in cui il soggetto affidatario dell'appalto non disponga del complesso organizzativo dell'impresa ausiliaria o questa si rifiuti di metterlo a disposizione, sussiste una responsabilità di carattere solidale tra l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria.

II.1.4) Un orientamento intermedio, poi (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644), distingue tra cd. avvalimento operativo, di indiscussa portata generale, e cd. avvalimento di garanzia che è figura nella quale l'ausiliario mette in campo solo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione del contratto; quest'ultima figura, però, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, potrebbe essere ontologicamente ammessa solo con la dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari (come nel caso del volume di affari o del fatturato) perché solo in tal caso si palesa idoneo a dispiegare l'apprezzabile funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner che goda di una complessiva solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento della prestazione dedotta nel contratto, mentre, al di fuori di tale ipotesi, la mera messa a disposizione di requisiti soggettivi e astratti (svincolata da ogni collegamento con risorse materiali o immateriali) snaturerebbe l'istituto per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

II.1.5) Il Collegio è dell'avviso che debba preferirsi l'interpretazione più estensiva, alla cui stregua la certificazione di qualità non possa, come prospettato dalla ricorrente incidentale, essere pregiudizialmente sottratta all'avvalimento.

Suffraga siffatto orientamento, in aggiunta ai persuasivi argomenti innanzi richiamati, l'osservazione, di ordine teleologico, per cui, in materia, debba privilegiarsi un criterio ermeneutico sostanziale per il quale, essendo la certificazione di qualità comunque intesa a garantire la (obiettiva) qualità dell'adempimento e non solo la (mera e soggettiva) idoneità professionale del concorrente pur sempre strumentale alla prima, sia erroneo postulare (una volta chiarito che l'avvalimento è la regola e le sue limitazioni le eccezioni) che la detta certificazione debba necessariamente far capo (salvo il riscontro di abusi e la doverosa verifica di effettività) unicamente al concorrente con conseguente impossibilità di ausilio per avvalimento.

II.1.6) Ne deriva l'infondatezza della censura al riguardo svolta dalla ricorrente incidentale.

II.2.1) È infondato anche il secondo motivo di gravame, col quale la deducente incidentale rileva che due delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria richieste (a pena d'esclusione) dal bando di gara a riguardo dell'avvalimento sono state inserite nella busta "2" (relativa alla documentazione tecnica) e non nella busta "1" (concernente la documentazione amministrativa).

II.2.2) Invero, contrariamente a quanto sembra reputare la deducente, l'invocata comminatoria d'esclusione dalla gara, correttamente intesa, riguarda l'omesso inoltrare delle menzionate dichiarazioni e non la mera erronea collocazione delle stesse nelle buste, e ciò tanto più per il carattere neutro delle dichiarazioni in questione il cui contenuto, nella fattispecie, si concreta nella formale assunzione dell'obbligo di mettere a disposizione l'oggetto dell'ausilio e nell'attestazione di non partecipazione alla gara anche in proprio o come consorziata.

Trattandosi, dunque, di mero errore di collocazione degli atti al quale non è riferibile la sanzione di esclusione dalla gara prevista dal bando, correttamente la Stazione appaltante, dopo l'originaria esclusione dalla gara della ricorrente principale proprio per il medesimo rilievo in esame, l'ha riammessa in gara in conseguenza del successivo rinvenimento delle dichiarazioni nella busta n. "2".

II.2.3) Per le medesime osservazioni non assumono rilevanza invalidante le ulteriori censure al riguardo espresse, di violazione dell'ordine procedurale e di apertura della busta n. 2 della riammessa in gara in seduta pubblica e non riservata, aspetto quest'ultimo che, peraltro, è segnale di trasparenza operativa.

Per quest'ultimo aspetto giova precisare che è vero che, come ricorda la deducente incidentale, la previsione del bando è nel senso dell'apertura delle documentazioni tecniche (buste n. 2) in seduta non pubblica, è vero anche, però, che, nella particolare fattispecie, si trattava di eventuale ammissione in gara su domanda dell'interessata precedentemente esclusa, per cui il relativo procedimento esige *ex se* la massima trasparenza.

II.3) Col primo motivo del secondo ricorso incidentale la Puopolo assume che la ricorrente principale va esclusa dalla gara perché ha presentato variazioni progettuali che, pur se previste ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 nel bando di gara nel rispetto delle indicazioni del capitolato d'appalto, nell'assenza in quest'ultimo di indicazioni al riguardo, sussisterebbe il divieto d'inoltro di variazioni progettuali, ed anche perché le variazioni presentate sono sostanziali e quantificate nel loro valore economico.

II.3.1) Anche tali censure sono infondate.

Sotto il primo profilo, a prescindere del tutto dalla controdeduzione della ricorrente principale secondo cui l'art. 43 del capitolato speciale, prevedente la facoltà della stazione appaltante di introdurre opportune varianti, rappresenterebbe il parametro normativo di cui la deducente incidentale lamenta l'assenza, si deve osservare che il difetto nel capitolato della determinazione dei requisiti minimi delle variazioni progettuali in questione - che è, d'altronde, l'esplicito contenuto sostanziale della censura in esame - non è sufficiente a ridurre ad un *flatus vocis* l'espressa previsione del bando di gara (punto XI.3) autorizzativa alla presentazione di variazioni svuotandola del tutto di contenuto e, meno ancora, reputandosi che dal detto difetto derivi un divieto d'inoltro di variazioni progettuali, e ciò anche perché, come è noto, l'indicazione esplicita dei requisiti minimi delle variazioni è strumentalmente servente il principio della *par condicio* dei concorrenti che, essendo connaturato nel sistema di selezione, comunque non perde la sua effettività se correttamente e congruamente applicato.

II.3.2) Quanto alla prospettata natura sostanziale delle variazioni progettuali presentate dalla ricorrente principale, precisato che quelle che al riguardo contano sono le prestazioni migliorative offerte in relazione all'oggetto delle opere pubbliche in appalto e non - come fa la deducente incidentale - in relazione alla natura (essenziale o meno) delle variazioni ricavata dalla legislazione urbanistica, si osserva che la giurisprudenza (cfr. Cons. di

Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481) ha elaborato in tema di essenzialità o meno delle variazioni in questione i seguenti criteri:

- ammissibilità delle varianti migliorative che non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto ponendosi rispetto a questo come del tutto alternativo a quanto voluto dalla stazione appaltante;

- le varianti devono dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali con la prova che quest'ultime garantiscano l'efficienza del progetto e le esigenze della Stazione appaltante sottese alle prescrizioni variate;
- sussistenza di ampio margine di discrezionalità della commissione giudicatrice, standosi in ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

II.3.3) E, dunque, alla stregua dei richiamati rilievi e principi, le censure dedotte non possono persuadere.

II.3.4) La censura, infine, con cui si rileva che la ricorrente principale ha espresso il valore economico delle variazioni progettuali neanche è fondata, atteso che la richiamata comminatoria, di espulsione dalla gara (punto XI.3 del bando) per le ipotesi di indicazioni economiche (anche solo evincibili) contenute nell'offerta tecnica, espressamente si riferisce «al prezzo e/o al ribasso offerto in sede di offerta economica», e cioè all'offerta economica in sé per l'aggiudicazione dell'appalto e non al valore delle varianti che sono eventuali, indipendenti, slegate dal prezzo offerto e valutabili per altro aspetto, e tenuto conto che da esse, certamente, non è evincibile alcun elemento che porti ad indicazioni dell'offerta economica.

II.4) In definitiva, i ricorsi incidentali proposti dalla s.r.l. Puopolo Costruzioni, alla stregua delle considerazioni svolte, sono infondati e vanno, pertanto, respinti.

III) Può passarsi all'esame del ricorso principale proposto dalla s.r.l. SO.GE.A.S.

III.1) Si ricorda che la società ricorrente, esclusa dalla gara per erroneo inserimento nella non giusta busta di alcune dichiarazioni concernenti l'avvalimento e poi rimessa in gara in autotutela, col provvedimento qui impugnato è stata successivamente di nuovo esclusa in espressa applicazione della sezione XI.4 comma 1 del bando, per mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identificazione.

III.2) L'istante, col primo motivo di gravame, assume, tra l'altro, senza essere smentita *ex adverso*, che ha inoltrato due documenti d'identità allegati alla documentazione tecnica ed alla documentazione amministrativa contenente la domanda di partecipazione alla gara.

III.3) La fattispecie - fermo restando l'orientamento anche di questo Tribunale secondo cui anche le manchevolezze formali sono ragione d'esclusione se siffatta sanzione è inequivocamente prevista dalla normativa di gara e purché d'utilità anche di sola natura procedimentale - va esaminata con riferimento al dato testuale della normativa di bando applicata ed in relazione alla inequivocità o meno della stessa.

La norma applicata (sezione XI.4 comma 1 del bando) prevede che la busta n. 3 (offerta economica) deve contenere: «a pena d'esclusione, l'offerta economica, redatta

in bollo, in lingua italiana, utilizzando l'allegato modello A1».

Ed il modello A1, nelle "istruzioni per la compilazione", nell'ultima parte (che è la settima) riporta: «Allegare, a pena d'esclusione, copia fotostatica di idoneo documento di identificazione».

La sezione XII del bando, concernente specificamente "esclusione dalla gara", poi, sanziona con l'esclusione dalla procedura le manchevolezze e l'inosservanza delle prescrizioni «espresse nelle sezioni V, VI, VI, X e XI, le quali si riferiscono alle norme del bando e non al modello A1 e meno ancora alle istruzioni apposte in calce a quest'ultimo, sicché la stazione appaltante ha applicato la misura espulsiva integrando il bando che richiama l'allegato A1 che, a sua volta, riporta la sanzione nelle sue "istruzioni" per la compilazione».

Per il tenore testuale delle previsioni riportate, allora, tre sono le osservazioni di carattere ermeneutico.

La prima inerisce al fatto che la sanzione espulsiva non è espressa dal bando, la seconda al fatto che quest'ultimo sanziona con l'esclusione dalla gara le sole manchevolezze da esso previste e la terza attiene al principio generale secondo cui le misure sanzionatorie, incidendo rilevante e negativamente nella sfera giuridica del destinatario, devono essere chiare e non equivocate, sicché all'assenza, come nel caso in esame, della loro inequivocità

soccorre, nella materia *de qua*, il principio del *favor participationis*.

Nella fattispecie, inoltre, come si è accennato, sono stati introdotti nel procedimento, ancorché a riguardo di altra documentazione pure prescritta, due documenti d'identità che, in assenza di elementi contrari, non v'è ragione per negare la loro riconducibilità anche alla documentazione relativa all'offerta economica senza incorrere in un vieto formalismo.

III.4) La censura esaminata è, pertanto fondata.

III.5) Il ricorso principale, conseguentemente, alla stregua della fondatezza della censura esaminata, è fondato e va accolto, restando assorbite le residue censure.

IV) In conclusione, il ricorso incidentale della s.r.l. Puopolo Costruzioni è infondato e va, conseguentemente, respinto.

IV.1) Il ricorso principale della s.r.l. SO.GE.A.S. è fondato in relazione alla censura esaminata e, conseguentemente, va accolto con assorbimento delle residue censure, conseguendone l'annullamento degli atti impugnati; ed il collegato atto con motivi aggiunti, volto avverso la normativa del bando di gara, va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione.

V) Le spese di giudizio, tenuto conto della peculiarità delle questioni, vanno compensate tra le parti.

## IL COMMENTO

di Leonardo Masi

Una recente pronuncia della sezione salernitana del TAR Campania offre spunti interessanti per approfondire il tema della possibilità o meno per i concorrenti a gare d'appalto di ricorrere all'avvalimento della certificazione di qualità UNI EN ISO 9000 di altra impresa.

Il tribunale amministrativo, tra le varie opzioni elaborate dalla giurisprudenza, ha aderito ad un'interpretazione estensiva dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, in base alla quale l'avvalimento costituisce uno strumento di carattere generale e che come tale può essere applicato a qualsiasi requisito di partecipazione, con la sola eccezione di quelli soggettivi di moralità, onorabilità e professionalità strettamente inerenti al soggetto che presenta l'offerta. Tra questi ultimi non va annoverata la certificazione di qualità, che rappresenta invece requisito afferente ai processi gestionali del soggetto certificato e quindi, come tale, all'oggettiva idoneità a garantire il corretto adempimento del contratto di appalto.

La sentenza ha anche affrontato il tema della legittimità o meno dell'esclusione per mancata allegazione nell'offerta economica della fotocopia del documento di identità del soggetto dichiarante, prediligendo una soluzione in linea con il principio del *favor participationis* ma che non è scontato possa essere confermata dal Consiglio di Stato, che in altri precedenti si è dimostrato di diverso avviso.

### Avvalimento della certificazione di qualità

L'istituto dell'avvalimento, di origine comunitaria e come noto ormai da qualche anno codificato nel nostro ordinamento per effetto degli artt. 49 e 50 del codice dei contratti pubblici, sottopone all'operatore questioni sempre nuove, probabilmente a causa dall'atipicità di un meccanismo che scardina la tradizionale e necessaria corrispondenza tra figura soggettiva del concorrente e requisiti di parte-

cipazione di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo, che infatti, ove utilizzato l'avvalimento, possono non essere posseduti da chi aspira al contratto pubblico, bensì da terzi (1).

#### Nota:

(1) Sono ormai tanti gli interventi in materia di avvalimento e non può essere questa la sede per una ricostruzione sistematica dell'istituto. A tale finalità si segnalano, per tutti, C. Zucchelli, *(segue)*



Il fiorire di precedenti giurisprudenziali consente di affinare progressivamente i connotati dell'istituto e di verificare se all'atto pratico trovi o meno compiuta attuazione il principio generale, affermato con costanza sin dall'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, per cui il ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione costituisce la regola e non l'eccezione, e che tale facoltà debba essere riconosciuta al concorrente anche in difetto di espressa previsione da parte dei bandi di gara (2).

Uno dei temi più interessanti su cui operare tale verifica viene offerto da una serie di recenti pronunce, in parte confliggenti tra loro e, alcune di esse, contrastanti con la posizione assunta dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, aventi ad oggetto la possibilità o meno di ricorrere all'avvalimento per quanto attiene alla certificazione di qualità ISO 9000, questione non da poco, atteso che trattasi di requisito ordinariamente e notoriamente prescritto dai bandi o dalle lettere di invito per poter aspirare all'aggiudicazione dell'appalto, in esecuzione, peraltro, di quanto consentito dagli artt. 42, lett. m) e 43 del codice.

Risulta intanto opportuno ricordare, prima di affrontare in profondità la sua connessione con l'istituto dell'avvalimento, che la sigla ISO 9000 identifica una serie di normative e linee guida sviluppate dall'Organizzazione internazionale per la normazione, volte a definire i requisiti per l'implementazione, in una determinata organizzazione, di un sistema di gestione della qualità, al fine di condurre i processi aziendali, migliorare l'efficacia e l'efficienza nella realizzazione del prodotto e nell'erogazione del servizio, ottenere ed incrementare la soddisfazione del cliente. L'unica norma della famiglia ISO 9000 per la quale è ottenibile la certificazione è la ISO 9001:2008, recepita nel nostro paese come norma UNI EN ISO 9001:2008, in quanto la norma ISO è armonizzata, pubblicata e diffusa dall'Ente Nazionale Italiano di Unificazione e dal Comitato Europeo di Normazione.

È utile ricordare in linea di premessa, per avere presente l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto dell'avvalimento, che in base al primo comma dell'art. 49 del codice è consentito al concorrente di «soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico o organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto». Tali essendo i requisiti ricevibili, ai fini della gara e dell'eventuale esecuzione dell'appalto, da un'impre-

sa terza, il dibattito in punto di certificazione di qualità si è concentrato, con una certa oscillazione di posizioni, proprio sulla natura della certificazione in parola, segnatamente sulla possibilità di definirla, o meno, quale requisito «di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo», atteso che solo in caso affermativo potrebbe trovare applicazione l'art. 49 del codice.

Le posizioni emerse sono state correttamente ricordate dalla sentenza in commento.

Secondo un primo orientamento, che potremmo definire restrittivo, la certificazione di qualità costituisce un requisito di natura soggettiva delle imprese, finalizzato a garantire alla stazione appaltante la qualità delle prestazioni contrattualmente dovute, e come tale deve necessariamente risiedere in capo al concorrente, senza che vi sia spazio per l'ingresso di soggetti ausiliari (3). Tale linea interpretativa, quindi, riconduce la certificazione di qualità nell'alveo dei requisiti soggettivi di ordine generale di cui all'art. 38 del codice, ovvero a quelli di idoneità professionale di cui al successivo art. 39 (4).

Il secondo orientamento, quello estensivo, muo-

---

#### Note:

(segue nota 1)

*L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (diretto da) M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano 2008, 1490 ss.; S. Fantini, *L'avvalimento*, in *Codice degli appalti pubblici* (diretto da) R. Garofoli, G. Ferrari, Roma 2011, 539 ss.; E. Faresin, *L'avvalimento nei confronti pubblici*, Milano, 2009; A. Costantini, R. Stendardi, *Avvalimento nel Codice degli appalti pubblici*, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it); C.M. Saracino, *L'istituto dell'avvalimento tra schemi preesistenti e caratteri peculiari*, in *Foro Amm.*, 2007, 344. Tra gli interventi pubblicati su questa Rivista: M. Ragazzo, *Avvalimento: ancora limiti e precisazioni*, in questa *Rivista* 2008, 990; M.C. Lenoci, *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis*, in questa *Rivista* 2008, 496; L. Masi, *Avvalimento: il contratto è necessario*, in questa *Rivista* 2009, 564; C. Mucio, *Avvalimento e certificazione di qualità*, in questa *Rivista* 2010, 1219.

(2) Risultano numerose le decisioni per cui la facoltà di ricorrere all'avvalimento è da ritenersi attribuita ai partecipanti anche in difetto di espressa previsione nella *lex specialis*: Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 4, 1212; T.A.R. Lazio, sez. I, 22 maggio 2008, n. 4820, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 6-2008; T.A.R. Campania, sez. VIII, 30 ottobre 2007, n. 10271, in questa *Rivista* 2008, 496 con nota di Gentile.

(3) In questo senso T.A.R. Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665, in questa *Rivista* 2010, 1219, con nota di C. Mucio; in precedenza T.A.R. Sardegna, sez. I, 3 febbraio 2006, n. 383, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 5050; T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 6 febbraio 2007, n. 923, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 2, 538.

(4) L'assimilazione del requisito della certificazione di qualità tra i requisiti di ordine generale aveva portato la giurisprudenza a ritenere che, in caso di raggruppamento temporaneo di imprese, il certificato dovesse essere posseduto da ciascun componente: Cons. Stato, sez. IV 14 febbraio 2005, n. 435, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2, 213; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459, *ivi*, 2004, 926.

ve invece dalla premessa che la certificazione di qualità attiene al sistema gestionale dell'azienda e al suo processo operativo, e come tale costituisce un vero e proprio requisito speciale di natura tecnico-organizzativa. Se ne deve quindi concludere, in assenza di preclusioni contenute nell'art. 49 del codice, che tale requisito può essere oggetto di avvalimento (5).

La sentenza in commento riferisce poi di un terzo orientamento, definito intermedio, che distingue tra avvalimento operativo, di portata generale e come tale sempre ammesso ove si tratti dei requisiti previsti dall'art. 49, e avvalimento di garanzia, da ritenersi consentito soltanto per i requisiti economici e finanziari, atteso che con quest'ultimo si mette a disposizione soltanto la solidità economica al limitato fine di estendere la base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto (6).

### **L'affermarsi delle ragioni dell'orientamento estensivo**

Tra le varie opzioni, il TAR Campania ha dichiaratamente aderito a quella di maggiore apertura, giungendo quindi a ritenere che sia consentito ad un concorrente di avvalersi della certificazione di qualità di un'impresa ausiliaria, così confermando quanto affermato dal Consiglio di Stato in una pronuncia di pochi giorni precedente a quella annotata (7).

La soluzione prescelta dal collegio campano risulta invero coerente con la funzione dell'avvalimento nel sistema degli appalti pubblici (che è quella di ampliare la platea dei partecipanti alle gare), oltretutto conforme al tenore letterale delle norme evocate, risultando per contro poco giustificabili sul piano, sia teorico che operativo, le resistenze frapposte dalla giurisprudenza restrittiva in precedenza richiamata, nonché dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (8). Occorre intanto sottolineare, per sgombrare il campo da pregiudiziali di sorta, che l'art. 49 del codice, oltre ai "requisiti" in senso stretto, già consente l'avvalimento di una "certificazione" altrui, segnatamente quella SOA. Se è vero che si tratta, in quest'ultimo caso, di una certificazione idonea a dimostrare in via diretta l'idoneità del concorrente ad eseguire appalti dalle caratteristiche di quello in gara, mentre invece la certificazione di qualità attesta soltanto l'esistenza di un'organizzazione efficiente (e non invece la solidità del soggetto rispetto alle obbligazioni da assumere), è altrettanto vero che, in primo luogo, la certificazione SOA ingloba quella di qualità. Tal-

ché, ad accedere alla tesi restrittiva, avremmo un sistema in cui, in caso di appalto di lavori, l'avvalimento della certificazione di qualità, seppure mediato dall'avvalimento della certificazione SOA, sarebbe consentito, ed appalti di servizi e forniture ove ciò sarebbe precluso, con conseguente probabile emersione di profili di incostituzionalità e comunque di coerenza del sistema. In ogni caso, avendo il codice espressamente previsto l'avvalimento di una certificazione, anche rispetto a quella di qualità non può delinarsi e sostenersi una sorta di incompatibilità ideologica con l'istituto previsto dall'art. 49.

Tanto premesso, l'attenta disamina della funzione e dell'oggetto della certificazione di qualità, quale attestazione dell'efficienza di un sistema produttivo e quindi della sua idoneità a garantire ai propri clienti, nella fattispecie alle stazioni appaltati, elevati *standards* di affidabilità sotto il profilo organizzativo, induce ad evidenziare la natura tecnica, piuttosto che quella soggettiva, del requisito, come tale "circolabile" e quindi oggetto di avvalimento. Sotto questo profilo, la sentenza del TAR Campania risulta giungere a conclusioni condivisibili.

Tuttavia, una volta stabilito che in linea di principio nulla osta all'avvalimento della certificazione di qualità, non per questo tutti i problemi risultano risolti, ma, anzi, l'affermazione di principio ne genera, in sede applicativa, molteplici.

Il più rilevante è stato affrontato dalla stessa sentenza che si annota e risolto in linea con quella coeva del Consiglio di Stato. Ci si pone infatti, all'atto pratico, il problema se l'avvalimento della certificazione di qualità possa limitarsi al "prestito" del certificato, ovvero non debba piuttosto determinare la partecipazione, ed eventualmente in quale misura, del soggetto avvalso nell'esecuzione dell'appalto. Se cioè quello della certificazione di qualità non debba necessariamente connotarsi, secondo le categorie individuate dall'orientamento intermedio di cui si è detto, in termini di avvalimento operativo, che presuppone la necessaria partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione del contratto d'appalto, ovvero di avvalimento di garanzia, ove la

#### **Note:**

(5) T.A.R. Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 5, 1830; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(6) T.A.R. Campania, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(7) Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, cit.

(8) Si veda in particolare il parere n. 254 del 10 dicembre 2008.

messa a disposizione del certificato in senso stretto avrebbe il solo effetto di ampliare, in forza del disposto dell'art. 49, comma 4, del codice, appunto la garanzia per la stazione appaltante in forza della responsabilità solidale tra concorrente e impresa ausiliaria. La sentenza del TAR Campania, di nuovo in maniera convincente, ha risolto la questione nel primo senso, muovendo dal dato che la certificazione, come si è visto, attesta la conformità dei processi aziendali alle norme tecniche elaborate dall'Organizzazione internazionale per la normazione, per cui ove si voglia configurare tale certificazione quale requisito di effettiva affidabilità tecnico-organizzativa di cui può giovare il concorrente, non si può prescindere dal coinvolgimento della struttura produttiva dell'impresa ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto (9). In altre parole, atteso che la certificazione riguarda l'intero processo aziendale, appare pressoché ineluttabile una vera e propria sostituzione nello svolgimento delle prestazioni, in quanto avvalersi del processo aziendale certificato equivale ad avvalersi dell'intera azienda o di una parte di essa (10). Mentre, per contro, l'avvalimento del mero certificato - senza quindi alcun coinvolgimento della struttura organizzativa dell'impresa ausiliaria - non apporterebbe alla stazione appaltante alcuna tangibile utilità con effetto surrogatorio rispetto al mancato possesso del requisito da parte del concorrente, con la conseguente sostanziale inutilità dell'avvalimento in relazione ai fini che l'istituto si pone.

Per dirla con il Consiglio di Stato, sarà quindi «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 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)» (11).

La tesi affermata è peraltro conforme, oltre che alla *ratio* dell'istituto, anche al tenore dell'art. 49, comma 2, lett. d), che impone all'impresa ausiliaria di rilasciare una dichiarazione con cui «si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente», ove il termine “risorse” appare difficilmente compatibile con la messa a disposizione del certificato inteso quale mero documento.

La conclusione che se ne trae è che, per quanto

il collegio campano abbia espressamente affermato di prediligere l'orientamento estensivo, pare invece, tra i tre riferiti, di scorgere piuttosto l'adesione a quello intermedio, che limita l'applicazione dell'art. 49, in materia di certificazione di qualità, all'avvalimento operativo.

Ad ogni modo, un tale condivisibile approccio sostanzialistico consente anche di ovviare a fenomeni quali, ad esempio, il proliferare di soggetti professionisti dell'avvalimento, che acquisiscono un determinato requisito, nella fattispecie la certificazione di qualità, al solo fine di metterlo a disposizione di altri, ma senza possedere una vera e propria organizzazione imprenditoriale idonea ad eseguire appalti pubblici, ciò che ingenera evidenti distorsioni rispetto alla funzione propria dell'avvalimento (12).

## L'importanza del contratto di avvalimento

Chiarito in quali termini e a quali condizioni l'avvalimento della certificazione di qualità è consentito, si tratterà di volta in volta di appurare se la messa a disposizione della struttura produttiva del soggetto avvalso sia effettiva o meno. A tale proposito, assume valenza decisiva il contenuto del contratto di avvalimento, il quale - pur nella sua affermata atipicità (13) - dovrà prevedere clausole tali da assicurare alla stazione appaltante il diritto dell'avvalente di poter effettivamente disporre del processo produttivo certificato dell'impresa ausiliaria (14).

Peraltro, scorrendo i precedenti giurisprudenziali,

### Note:

(9) S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 1177 ss.

(10) Proprio in termini di sostituzione di azienda T.A.R. Basilicata, sez. I, 3 maggio 2010, n. 220, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 5, 1830.

(11) Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, cit.

(12) Sottolineano tale rischio C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. De Nicolis, Milano, 2007, 601; R. Mangani, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G.P. Cirillo, *L'avvalimento: sintesi tra sub procedimento e negozio giuridico*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(13) Il principio dell'irrelevanza per la stazione appaltante della tipologia della fattispecie contrattuale tra avvalso e avvalente è stato affermato da Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 739. Negli stessi termini T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 ottobre 2007, n. 2486, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 10, 3215.

(14) Circa la necessità dell'allegazione del contratto di avvalimento, i suoi contenuti e la sua natura giuridica, sia consentito il rinvio a L. Masi, *Avvalimento: il contratto è necessario*, cit.

si nota una certa tendenza alla valorizzazione del contratto di avvalimento quale fondamentale strumento di analisi a disposizione delle stazioni appaltanti per verificare, attraverso l'esame della portata delle clausole ivi contenute, l'effettiva disponibilità dei requisiti dell'impresa ausiliaria in capo al concorrente (15).

Tale tendenza sembra aver avuto un qualche impatto sul regolamento attuativo del codice, (di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, entrato in vigore in data 8 giugno 2011) ove all'art. 88 si avverte lo sforzo di delineare un contenuto minimo del contratto di avvalimento. La norma dispone infatti che il contratto debba prevedere: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) la durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento. Per la verità, per quanto si tratti di un passo avanti rispetto al sistema normativo previgente, che al contratto d'avvalimento non dedicava alcuna previsione, salvo l'obbligo di allegazione, l'apporto non appare particolarmente significativo, essendo il contenuto minimo previsto già desumibile come obbligatorio dall'analisi della funzione del contratto di avvalimento quale strumento atto a fornire la prova dell'effettiva disponibilità in capo al concorrente dei requisiti avvalsi.

Altra questione che si pone all'operatore consiste nello stabilire se sia sempre e comunque la necessaria messa a disposizione dell'intera organizzazione produttiva certificata, ovvero sia sufficiente l'avvalimento operativo di uno o più dei suoi segmenti a seconda della natura dell'appalto messo in gara. La risposta sembra debba ricavarsi dall'esame della *ratio* dell'istituto, che è quella di compensare, di fronte alla stazione appaltante ed in funzione della regolare esecuzione dell'appalto, il mancato possesso del requisito in capo al concorrente. Muovendo da tale considerazione di ordine generale, sembra si debba concludere nel senso che sarà sufficiente la messa a disposizione di quelle parti dell'organizzazione produttiva effettivamente strumentarli rispetto all'oggetto dell'appalto da eseguirsi, e non invece anche altri settori del complesso aziendale estranei rispetto a detto oggetto (16).

Come si vede, la riconosciuta possibilità di ricorrere all'avvalimento della certificazione di qualità è certamente approdo ragionevole e volto a favorire il perseguimento degli obiettivi che l'art. 49 del codice si è posto, ma ciò non esonera l'interprete dal misurarsi con le problematiche, soprattutto di ordine applicativo, che una tale affermazione di principio porta con sé, e che è presumibile impegneranno i giudici amministrativi anche nel prossimo futuro.

### **Esclusione per mancata allegazione all'offerta economica del documento di identità del soggetto dichiarante**

Il TAR Campania ha anche giudicato illegittima l'esclusione del concorrente che non abbia allegato all'offerta economica una copia del documento di identità, giungendo a tale conclusione sulla base del dato di fatto che l'omissione non sarebbe stata prevista a pena di esclusione, e considerando altresì che il documento era comunque presente nelle buste contenenti l'offerta tecnica e la documentazione amministrativa, talché la sanzione si sarebbe rivelata un "vietto formalismo".

Sul punto, si deve registrare una costante presa di posizione del Consiglio di Stato in senso esattamente opposto, motivata sul dato per cui l'allegazione del documento di identità alle dichiarazioni rese nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica non rileva tanto per l'ottemperanza a prescrizioni eventualmente contenute nei bandi circa la completezza documentale, quanto piuttosto per consentire il perfezionamento degli effetti previsti dall'art. 48, comma 3, D.P.R. n. 445/2000, che come noto impone, al fine di conferire autenticità alla sottoscrizione del promanante, di allegare copia fotostatica del documento di identità quale alternativa alla sottoscrizione in presenza di pubblico ufficiale. Per cui, quand'anche non previsto l'adempimento a pena di esclusione, la mancata allegazione del documento non consente di attribuire la dichiarazione al concorrente, con conseguente sua necessaria espulsione del concorrente dalla competizione (17).

La sentenza in commento pare quindi destinata, ove impugnata, ad essere oggetto di riforma da parte del Consiglio di Stato.

Occorre dare infine atto di come l'art. 4, comma

#### **Note:**

(15) Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743, in questa *Rivista*, 2009, 564. Negli stessi termini T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 marzo 2008, n. 430, in *Foro Amm.*, 2008, 3, 662.

(16) Di quest'avviso sembra essere anche il Consiglio di Stato, ove afferma (sez. III, 18 aprile 2344, cit., che occorrerà la messa a disposizione della struttura organizzativa dell'impresa ausiliaria «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)».

(17) Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3690, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1469; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2007, n. 5761, *ivi*, 2007, 3147 (proprio in tema di mancata allegazione di copia del documento di identità all'offerta economica, omissione ritenuta non sanabile da altri dati desumibili dall'offerta presentata); Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 2005, n. 2745, *ivi*, 2005, 1572.



2, D.L. 13 maggio 2011, n. 70 abbia introdotto all'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006 il comma 1-bis, in base al quale «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le

lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle». Per quanto attiene al profilo di cui si discorre, se è vero che la novità normativa, con intenti semplificatori, codifica il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione, è altrettanto vero che tra queste continuano a trovare vigenza quelle relative al «difetto di sottoscrizione» dell'offerta e, per quanto detto, il mancato rispetto del meccanismo previsto dall'art. 48, comma 3, D.P.R. n. 445/2000, anche per effetto della mancata allegazione di copia fotostatica del documento di identità, sembra quindi sopravvivere al regime semplificato introdotto dal recente decreto legge.

## LIBRI

Collana: **Codici Minor Ipsoa**

# Codice amministrativo

Curatore: Mariano Protto

Il Codice raccoglie i **provvedimenti annotati di interesse amministrativo** e si propone quale strumento di consultazione immediata, utile sia per lo studio universitario che per l'attività professionale. La complessa ed articolata materia amministrativa viene segmentata in sezioni, ciascuna delle quali reca al suo interno, in ordine cronologico, la normativa essenziale di riferimento.

Il volume, **aggiornato integralmente** rispetto all'edizione precedente di cui conserva l'impianto, contiene:

- il recente ed epocale **provvedimento di codifica del nuovo processo amministrativo**;
- le modifiche ai provvedimenti ivi contenuti apportate **dalla manovra sui conti pubblici nel testo convertito in legge**;

- la disciplina del lavoro pubblico come ripensata a seguito del **decreto "Brunetta"**
- la **nuova class action amministrativa**
- il **codice degli appalti** nel testo risultante dalle numerosissime modifiche su di esso intervenute.

Il edizione  
Ipsoa 2010, euro 20,00

### Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **www.shop.wki.it**

