

## **L'avvalimento della certificazione di qualità e il principio della fiducia nello schema di revisione del codice dei contratti pubblici**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 7-2-2023*

Come questo Consiglio di Stato ha sottolineato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 5765 del 2018, Sez. V, n. 2953 del 2018) in linea generale l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento U.E. ed esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa).

In tale contesto è stato chiarito che "nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto" (così Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125, vedi anche Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Sez. IV, n. 4958 del 2014; Sez. V, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 2953 del 2018).

In caso di avvalimento, quindi, l'impresa ausiliata può senz'altro utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti precisato a più riprese (v. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 2515 del 2022) che, qualora oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271; Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730; sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710), poiché si tratta di avvalimento complessivo o, meglio, avente ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria.

L'avvalimento deve quindi essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d.

"prestito" della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il know how, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. così, Cons. St., Sez. V, n. 3574 del 2014; Sez. III, n. 3517 del 2015).

-La certificazione di qualità, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale —che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro —, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della fornitura. Occorre infatti che il requisito di ammissione dimostrato dall'impresa partecipante mediante l'avvalimento rassicuri la stazione appaltante circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara (v. ex multis, Cons. Stato, Sez. III, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 3710 del 2017).

-In altri termini, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità). La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria (Cons. Stato, Sez. V, n. 3710 del 2017).

Nel partecipare alle procedure in materia di appalti spesso gli operatori economici devono risolvere varie problematiche: *principaliter*, l'aumento dei costi da affrontare nel corso e al termine della selezione ed il possesso dei requisiti necessari per aderire alla selezione.

L'articolo 89 (*Avvalimento*) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) ha previsto che l'interessato possa ricorrere a tale istituto per far sì che, in assenza dei predetti requisiti, lo stesso possa usufruire della capacità di altri soggetti; tali caratteristiche sono economiche, finanziarie, tecniche e professionali.

Il citato avvalimento, finalizzato all'apertura più ampia possibile alla concorrenza, giova in realtà non solo agli operatori economici ma anche alle stesse amministrazioni aggiudicatrici.

L'intervento del Supremo Consesso assume un ruolo primario nel caso in cui il predetto avvalimento sia diretto all'acquisizione della certificazione di qualità.

La pronuncia in argomento ha il merito di identificare in modo puntuale la natura della certificazione in analisi: in particolare quest'ultima deve essere considerata come un requisito di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa. La documentazione in esame serve a dimostrare, come detto, la capacità tecnico professionale dello stesso operatore economico,

affinché quest'ultimo sia in grado di eseguire i lavori assicurando un livello minimo di qualità.

La Sezione, peraltro, mette in risalto come il più volte richiamato avvalimento debba essere *effettivo e non fittizio*; nel concreto l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione di quella ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale, unitamente a quei fattori della produzione e delle risorse che hanno permesso di ottenere la richiamata documentazione.

Gli stessi magistrati precisano come non sia ammesso il c.d. *"prestito"* della sola certificazione di qualità, quale mero documento; infatti l'aiuto offerto dal soggetto ausiliario consiste nel fornire mezzi, personale, know how, prassi ed ogni altro ulteriore elemento aziendale qualificante.

Ulteriore e fondamentale passaggio della pronuncia in oggetto trova riscontro in un principio cardine individuato nello schema di revisione dei contratti pubblici. Difatti il Collegio, nel richiamare interventi giurisprudenziali, esalta un elemento basilare del requisito di ammissione dimostrato dall'impresa che partecipa alla selezione. Nello specifico quest'ultima deve *"rassicurare"* la stazione appaltante *"circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara"*.

Tale *"rassicurazione"* rappresenta una palese dimostrazione della *"manifestazione del principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici"* di cui all'articolo 2 (*Principio della fiducia*) del sopra indicato schema di revisione dei contratti pubblici.

Di conseguenza il *modus agendi* dei partecipanti garantirà il raggiungimento di positivi risultati non solo per la stessa impresa privata, ma, come sopra ricordato, anche per la pubblica amministrazione che sarà, pertanto, *rassicurata*, dal soggetto privato.

Tale conferma verrà garantita con un atteggiamento propositivo e collaborativo da parte degli intervenienti e con il raggiungimento di un livello minimo di qualità grazie proprio alla suddetta certificazione.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 16/01/2023

**N. 00502/2023REG.PROV.COLL.**

**N. 06278/2022 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6278 del 2022, proposto da Innova s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Andrea Ruffini e Antonietta Favale, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia, con domicilio eletto presso lo studio AOR Avvocati in Roma, via Sistina n. 48;

***contro***

Amiu Trani s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Cantobelli, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia, con domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

***nei confronti***

di Sikuel s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Galli, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione prima, n. 892 del 16 giugno 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amiu Trani s.p.a. e di Sikuel s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2022 il consigliere Claudio Tucciarelli,

uditi per le parti gli avvocati Francesco Cantobelli e Francesco Bragagni su delega di Sergio Galli e vista l'istanza di passaggio in decisione depositata dagli avvocati Angelo Annibali, Andrea Ruffini, Antonietta Favale e Marco Orlando.

## FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 31 maggio 2021, Amiu Trani s.p.a. ha indetto una procedura di gara aperta telematica sul portale EmPULIA, avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di un "Sistema informativo per la gestione del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, gestito da AMIU S.p.a., nella Città di Trani".

Il valore complessivo della gara era pari a € 195.000, il criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante era quello dell'offerta più vantaggiosa, con l'attribuzione di 80 punti massimi all'offerta tecnica e 20 punti massimi all'offerta economica.

In particolare, il disciplinare di gara ha previsto quali requisiti di capacità economica e finanziaria:

a) un fatturato globale medio annuo riferito agli ultimi tre esercizi finanziari disponibili, non inferiore ad euro 200.000,00, Iva esclusa;

b) un fatturato specifico medio annuo per forniture e servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto riferito agli ultimi tre esercizi finanziari disponibili, non inferiore alla metà dell'importo a base d'asta, Iva esclusa.

Quali requisiti di capacità tecnica e professionale, il bando ha previsto: "aver realizzato e collaudato nell'ultimo triennio almeno una fornitura con attivazione di un sistema informativo (hardware + software) analogo, utilizzato in un comune con popolazione non inferiore a 50.000 abitanti gestito con modalità di raccolta domiciliare porta a porta (in alternativa due forniture per comuni che complessivamente sommano almeno 50.000 abitanti)".

Inoltre, il capitolato speciale d'appalto, all'art. 5 concernente "Caratteristiche minime previste", ha precisato che "il sistema deve garantire elevati standard tecnici in materia di protezione dei dati comprovati da idonee certificazioni quali, a mero titolo esemplificativo, ISO 15408 e ISO 27000 (il fornitore dovrà essere in possesso della certificazione o dovrà produrre la documentazione a garanzia di futura prossima certificazione)".

Nel termine del 16 giugno 2021, hanno presentato la propria offerta la ricorrente Innova – Consorzio per l'Informatica e la Telematica s.r.l. e Sikuel s.r.l.

Dopo l'ammissione alla gara in data 5 ottobre 2021, la Commissione, nominata nel frattempo, ha proceduto all'apertura delle Buste B e ha disposto per il prosieguo.

Con specifico riferimento alla busta B presentata da Sikuel s.r.l., la Commissione ha rilevato

che “contiene i documenti richiesti dall’art. 14 del disciplinare di gara, e cioè la “Relazione Tecnica dei servizi offerti costituita da 46 facciate formato A4 oltre a ulteriori 5 facciate A4 costituite da dichiarazione di avvalimento e dichiarazione di diniego per l’accesso. La documentazione contenuta nella busta B risulta quindi conforme a quanto previsto dal Disciplinare di Gara e pertanto l’offerta della Ditta Sikuel s.r.l. viene ammessa al prosieguo della gara”.

Quindi, la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche e delle offerte economiche e ha stilato la graduatoria finale in cui Sikuel è risultata collocata al primo posto e Innovambiente S.r.l. al secondo.

Con verbale del 19 novembre 2021, il Responsabile Unico del Procedimento ha aggiudicato l’appalto alla Sikuel S.r.l. in via definitiva.

Dopo l’accesso agli atti da parte di Innovambiente, in data 17 dicembre 2021, sarebbe emerso che l’oggetto del contratto di avvalimento è costituito dal prestito da parte della società Maggioli S.p.a. di una caratteristica minima dell’offerta tecnica: la certificazione ISO 27001, come richiesta dall’art. 5 del capitolato.

2. Innovambiente ha quindi proposto ricorso al T.a.r. per la Puglia, al fine di ottenere:

a) l’annullamento

a1) del verbale prot. 7249 del 19.11.2021, trasmesso via pec, recante l’aggiudicazione definitiva della gara indetta da AMIU Trani avente ad oggetto l’affidamento della fornitura di un “Sistema informativo per la gestione del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, gestito da AMIU S.p.a., nella Città di Trani” in favore di Sikuel S.r.l.;

a2) del verbale del 5 ottobre 2021 con cui la Commissione di gara, dopo aver proceduto all’apertura delle buste B, con specifico riferimento alla busta B presentata da Sikuel ha rilevato che “contiene i documenti richiesti dall’art. 14 del Disciplina di gara, e cioè la “Relazione Tecnica dei servizi offerti costituita da 46 facciate formato A4 oltre a ulteriori 5 facciate A4 costituite da dichiarazione di avvalimento e dichiarazione di diniego per l’accesso. La documentazione contenuta nella busta B risulta quindi conforme a quanto previsto dal Disciplinare di Gara e pertanto l’offerta della Ditta Sikuel s.r.l. viene ammessa al prosieguo della gara”;

a3) del verbale con cui la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche;

a4) del verbale con cui la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte economiche, provvedendo alla formulazione della graduatoria finale in cui Sikuel risulta collocata al primo posto;

a5) del verbale di apertura delle buste amministrative;

a6) per quanto occorrer possa, in parte qua del bando, del disciplinare e del capitolato;

b) la declaratoria di inefficacia del contratto, se stipulato;

c) la condanna al risarcimento dei danni;

3. Il ricorso al T.a.r. era affidato a tre gruppi di motivi.

3.1. Violazione e falsa applicazione dell'art 63 della Direttiva 2014/24 e art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016; disparità di trattamento; difetto e carenza di istruttoria e motivazione; contraddittorietà; illogicità ed irragionevolezza; sviamento; violazione della par condicio competitorum; irragionevolezza manifesta.

L'aggiudicataria avrebbe fatto un uso improprio dell'avvalimento, per colmare non la carenza di un requisito di partecipazione alla gara, ma una condizione minima di partecipazione prevista dall'art. 5 del capitolato tecnico con riferimento all'offerta tecnica, quale sarebbe la certificazione ISO 27001, relativa alla gestione della sicurezza delle informazioni.

L'art. 89 consentirebbe il ricorso all'avvalimento dei requisiti economico finanziari, tecnici e professionali solo nell'ipotesi in cui il concorrente ne sia privo e ne abbia bisogno per partecipare alla gara. Inoltre, il medesimo istituto non sarebbe ammesso nel caso in cui il concorrente vi faccia ricorso per conseguire un punteggio maggiore o per integrare la mancanza di caratteristiche tecniche indicate dalla stazione appaltante come minime.

L'avvalimento non potrebbe avere ad oggetto elementi diversi dai requisiti richiesti dal bando per l'ammissione alla gara. L'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016 prevede che "L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi". L'avvalimento servirebbe solo a consentire la partecipazione alla gara, non anche a migliorare le condizioni di tale partecipazione, garantendo il rispetto delle prescrizioni minime per l'esecuzione o accrescendo il proprio punteggio tecnico.

In base alla giurisprudenza, l'avvalimento sarebbe utilizzabile solo per rimediare alla carenza di requisiti di partecipazione, ma non per sopperire alla mancanza di caratteristiche minime dell'offerta tecnica.

3.2. Violazione e falsa applicazione della Direttiva n. 24/2014 e dell'art. 89 del D. lgs. n. 50 del 2016; nullità del contratto di avvalimento, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 c.c., 1325 c.c., 89 d. lgs. n. 50/2016 e 88 d.P. R. n. 207/2010, disparità di trattamento, difetto e carenza di istruttoria e motivazione; contraddittorietà; illogicità e irragionevolezza; sviamento; violazione della par condicio competitorum; irragionevolezza manifesta.

Secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato, il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dall'aggiudicataria dovrebbe essere considerato nullo, in quanto la

determinazione del suo oggetto non consentirebbe di soddisfare la richiesta del capitolato di gara. Poiché il contratto di avvalimento avrebbe dovuto consentire all'aggiudicataria di avvalersi della certificazione di qualità ISO 27001 messa a disposizione dalla ausiliaria, esso avrebbe dovuto indicare tutte le risorse necessarie ad ottenere il rilascio dall'organismo indipendente della predetta certificazione di qualità.

Nello specifico, lo schema ISO 27001 prevede uno standard per la gestione della sicurezza delle informazioni in tutti gli ambiti interessati per prevenire i rischi derivanti da attacchi dall'esterno o dall'interno, informatici e non informatici, da errori o dal mancato rispetto della normativa vigente pertinente.

L'ausiliaria, invece, avrebbe messo a disposizione risorse che non integrerebbero alcuno degli elementi, materiali o immateriali, tipizzati a fondamento della certificazione ISO 27001 (né struttura organizzativo-gestionale, né procedure operative aziendali né altro).

La stazione appaltante, quindi, avrebbe dovuto procedere all'esclusione dell'aggiudicataria.

3.3. Violazione dell'art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; disparità di trattamento; difetto di istruttoria e motivazione; sviamento; violazione della par condicio competitorum; irragionevolezza manifesta.

4. In subordine, la ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'intera procedura di gara in quanto l'oscurità della lex specialis avrebbe prodotto un effetto distorsivo sui principi di concorrenza e parità di trattamento.

L'inserimento della certificazione ISO27001 nell'art. 5 del capitolato avrebbe indotto gli operatori economici a ritenere che la certificazione medesima costituisse un elemento minimo ed inderogabile dell'offerta tecnica, in quanto tale non suscettibile di avvalimento (istituto riservato a garantire il prestito dei requisiti di ammissione alla gara di cui all'art. 83 d.lgs. n. 50/2016). Gli operatori economici privi della certificazione ISO non avrebbero partecipato alla gara, nella convinzione di non potere ricorrere all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla mancanza della caratteristica minima.

La oscurità della legge di gara avrebbe indotto in confusione gli operatori economici, alterando la regolare partecipazione alla gara e incidendo sul confronto concorrenziale.

5. Amiu Trani s.p.a. e la società controinteressata, Sikuel s.r.l., si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso.

6. La sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione prima, n. 892 del 16 giugno 2022:

- ha rigettato il primo motivo, ritenendo che la certificazione di qualità non coincida con un requisito di idoneità professionale ma sia ascrivibile ai requisiti di partecipazione indicati dall'art. 83, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 50/2016, e quindi che essa possa essere oggetto di avvalimento ex art. 89, comma 1, del medesimo d. lgs.; il fatto che Amiu s.p.a. abbia

chiesto il possesso della certificazione di qualità con il capitolato tecnico e nell'ambito delle caratteristiche minime richieste, invece che nel disciplinare di gara e nell'elencazione dei requisiti di partecipazione, non assume rilievo dirimente, né rileva la circostanza che l'aggiudicataria abbia inserito la documentazione relativa all'avvalimento nella busta relativa all'offerta economica, invece che nella busta contenente la documentazione amministrativa. Inoltre, l'art. 5 del capitolato non imponeva alcun specifico sistema di certificazione, in quanto le certificazioni ISO 15408 e ISO 27000 erano indicate a mero titolo esemplificativo né era richiesto il possesso immediato della certificazione di qualità;

- ha rigettato il secondo motivo, ritenendo che vada esclusa la nullità del contratto di avvalimento, in quanto solo i requisiti tecnici richiedono una puntuale specificazione delle risorse messe a disposizione, mentre tale obbligo va escluso in relazione alla certificazione di qualità che costituisce un bene immateriale per il quale non è rilevante la specificazione puntuale delle risorse messe a disposizione della società ausiliata; inoltre, ha sottolineato che, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, occorre tenere conto anche della natura e dell'oggetto del servizio richiesto;
- ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse e comunque infondato il terzo motivo;
- ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio (2.000 euro).

7. Innovambiente ha proposto appello, provvisto di domanda cautelare.

7.1. I motivi dell'appello sono i seguenti.

7.1.1. La sentenza del T.a.r. Puglia sarebbe erronea nel punto in cui ha ritenuto che la certificazione relativa alla protezione e alla sicurezza dei dati, richiesta dall'art. 5 del Capitolato di gara quale caratteristica minima di esecuzione, potesse essere, viceversa, oggetto di avvalimento, nonostante la tipologia del servizio richiesto e l'espressa, diversa indicazione nel capitolato di gara.

Sarebbe inoltre contraddittoria la sentenza impugnata nel punto in cui, dopo avere sostenuto che la certificazione ISO 27001 debba essere intesa come requisito di partecipazione, osserva di converso che "il capitolato non richiedeva nemmeno il possesso immediato della certificazione di qualità": in realtà, o la certificazione di cui si tratta era un requisito di partecipazione e, dunque, avrebbe potuto essere oggetto di avvalimento e il relativo possesso avrebbe dovuto essere verificato in sede di ammissione dei concorrenti; oppure si tratta di una prescrizione relativa alle stesse caratteristiche dell'offerta tecnica del concorrente, il quale avrebbe dovuto "dimostrare che il sistema fornito garantisse elevati standard tecnici in materia di protezione dei dati", senza la possibilità di ricorrere all'avvalimento. Inoltre, la prescritta condizione minima di esecuzione sarebbe relativa al sistema e, di conseguenza, al prodotto da fornire. La certificazione – come confermato dal suo inserimento nel capitolato tecnico - avrebbe costituito requisito minimo, al fine di garantire elevati standard tecnici per la protezione dei dati, e non requisito tecnico.

A ulteriore dimostrazione, Sikuel aveva inserito la dichiarazione di avvalimento nella busta

dell'offerta tecnica e non in quella relativa alla documentazione amministrativa.

Solo i requisiti di partecipazione – e non i requisiti minimi – possono essere oggetto di avvalimento.

7.1.2. E' criticata, in subordine al primo motivo, la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso la nullità del contratto di avvalimento e ritenuto che solo i requisiti configurabili come beni materiali impongano una specificazione delle risorse, mentre tale obbligo va escluso in relazione alla certificazione di qualità che costituisce un bene immateriale. L'ausiliaria avrebbe messo a disposizione risorse (una stampante e un impiegato) che non integrano alcuno degli elementi posti a fondamento della certificazione ISO 27001 e non sarebbero in grado di assicurare la sicurezza della protezione dei dati, richiesta dalla stazione appaltante.

7.1.3. E' contestata, in via ulteriormente subordinata, l'inammissibilità della terza censura, mentre il T.a.r. avrebbe dovuto considerare l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di selezione del contraente.

8. Si sono costituite nel giudizio di appello la controinteressata Sikuel s.r.l. e Amiu Trani s.p.a.

9. Con ordinanza n. 4201 del 30 agosto 2022, la Sezione ha preso atto della rinuncia all'istanza cautelare da parte dell'appellante e ha compensato le spese della fase cautelare.

10. All'udienza pubblica del 20 ottobre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Il Collegio rileva innanzitutto che il primo motivo dell'appello è infondato.

Infatti, è da condividere la tesi secondo cui è legittimo l'avvalimento da parte dell'aggiudicataria per la certificazione di qualità (Cons. Stato, sez. III, n. 4418 del 2019; sez. III, n. 3517 del 2015).

“Giurisprudenza prevalente, dopo alcuni contrari avvisi, ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; V, 27 luglio 2017, n. 3710; 17 maggio 2018, n. 2953; III, 8 ottobre 2018, n. 5765; V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730), in particolare rilevando, come di recente, che “I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE (“requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità”), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento” (Cons. Stato, V, 13 settembre 2021, n. 6271)” (Cons. Stato, sez. V, n. 7370 del 2021).

Come questo Consiglio di Stato ha sottolineato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 5765 del 2018, Sez. V, n. 2953 del 2018) in linea generale l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento U.E. ed esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., a

conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa).

L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, SWM Costruzioni).

Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice U.E.), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso loro conforme (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria); in particolare, in assenza di motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei richiamati principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14, Partner Apelski Dariusz).

In tale contesto è stato chiarito che "nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto" (così Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125, vedi anche Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Sez. IV, n. 4958 del 2014; Sez. V, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 2953 del 2018).

In caso di avvalimento, quindi, l'impresa ausiliata può senz'altro utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità.

Gli argomenti dedotti dall'appellante sono volti a limitare la possibilità di avvalimento nel caso di specie, identificando la certificazione di qualità con i requisiti minimi di partecipazione. Si tratterebbe di soluzione contrastante con i principi appena richiamati di matrice europea, accolti ormai da tempo dal Consiglio di Stato.

I medesimi argomenti non tengono peraltro conto del fatto che la giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del

bando, tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 (v. Cons. Stato, Sez. III, n. 1804 del 2021).

12. A diversa conclusione si deve giungere con riguardo al secondo motivo dell'appello, che risulta fondato.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti precisato a più riprese (v. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 2515 del 2022) che, qualora oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271; Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730; sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710), poiché si tratta di avvalimento complessivo o, meglio, avente ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria.

L'avvalimento deve quindi essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. "prestito" della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il know how, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. così, Cons. St., Sez. V, n. 3574 del 2014; Sez. III, n. 3517 del 2015).

La certificazione di qualità, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale —che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro —, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della fornitura. Occorre infatti che il requisito di ammissione dimostrato dall'impresa partecipante mediante l'avvalimento rassicuri la stazione appaltante circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara (v. ex multis, Cons. Stato, Sez. III, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 3710 del 2017).

In altri termini, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità). La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria (Cons. Stato, Sez. V,

n. 3710 del 2017).

L'avvalimento riferito alla certificazione di qualità ha dunque carattere complessivo o, meglio, ha ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale (comprensiva, non solo del personale operativo, ma anche di quello preposto al controllo di qualità, degli audit periodici) non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 2515 del 2022).

Nel caso di specie, ciò che rileva è l'incompletezza del contratto di avvalimento (rispetto alla complessiva organizzazione aziendale dell'ausiliaria), con conseguente inidoneità dello stesso a trasferire il requisito non posseduto della certificazione di qualità.

Infatti, il contratto di avvalimento del 9 giugno 2021 tra Maggioli s.p.a. e Sikuel s.r.l fa riferimento espresso al capitolato speciale d'appalto che, all'art. 5, prevede il seguente requisito: "il sistema deve garantire elevati standard tecnici in materia di protezione dei dati, comprovati da idonee certificazioni quali, a mero titolo esemplificativo, ISO 15408 o ISO 27000 (il fornitore dovrà essere in possesso della certificazione o dovrà produrre la documentazione a garanzia di futura prossima certificazione)" e precisa che l'ausiliaria è in possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80 del D.Lgs. 50/2016 e successive modificazioni, e dispone dei requisiti obbligatori di cui è carente il concorrente e precisamente è in possesso della Certificazione ISO 27001:2014. Peraltro, il medesimo contratto stabilisce che l'ausiliaria debba mettere a disposizione del concorrente i mezzi e le risorse di cui quest'ultima è carente, elencati in modo determinato e specifico: mezzi, n. 1 Personal Computer e n. 1 stampante; risorse, n. 1 Impiegato tecnico. Nessuna ulteriore indicazione è invece fornita, atta a garantire l'idoneità del contratto di avvalimento a soddisfare i requisiti posti al riguardo dalla giurisprudenza, allorché l'avvalimento interessi la certificazione di qualità.

13. Il terzo motivo, proposto dall'appellante in via subordinata al precedente, è assorbito dall'accoglimento di quest'ultimo.

14. Per le ragioni e nei termini esposti, l'appello va quindi accolto e di conseguenza deve essere riformata la sentenza impugnata, con annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso in primo grado, cui dovrà conseguire l'aggiudicazione in favore della società appellante.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 6278/2022):

a) lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

a1) annulla i seguenti provvedimenti impugnati dalla ricorrente in primo grado: il verbale prot. 7249 del 19 novembre 2021, recante l'aggiudicazione definitiva della gara indetta da Amiu

s.p.a. avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di un “Sistema informativo per la gestione del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, gestito da AMIU S.p.a., nella Città di Trani” in favore di Sikuel S.r.l.; il verbale della Commissione di gara del 5 ottobre 2021; il verbale con cui la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche; il verbale con cui la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte economiche, provvedendo alla formulazione della graduatoria finale; il verbale di apertura delle buste amministrative;

a2) dichiara inefficace il contratto per l'affidamento del servizio della fornitura di un “Sistema informativo per la gestione del servizio di raccolta domiciliare dei rifiuti solidi urbani, gestito da Amiu s.p.a., nella città di Trani”, stipulato il 15 febbraio 2022 tra Amiu Trani e Sikuel s.r.l.;

b) condanna Amiu Trani s.p.a. e Sikuel s.r.l, in solido tra loro, a rifondere alla società appellante le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi € 6.000 (euro seimila), oltre oneri di legge ove dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Claudio Tucciarelli, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere