

Pubblicato il 13/09/2021

N. 06271/2021REG.PROV.COLL.

N. 01421/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 1421 del 2021, proposto da

Drafinsub s.r.l. in proprio e quale mandataria del r.t.i., Varcos s.r.l. in proprio e quale mandante, Adriatic Marine Solutions s.r.l. in proprio e quale mandante, Injectosond Italia s.r.l. in proprio e quale mandante, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Giovanni Corbyons e Emanuela Icardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

contro

Giuseppe Santoro s.r.l. quale mandataria del costituendo r.t.i., Zeta s.r.l., I.C.A.M. F.Lli Parodi s.r.l., Spartacus s.r.l., S.C.S. Società cooperativa, quali mandanti del costituendo r.t.i., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Angelo Clarizia, Andrea Mozzati, Andrea Rossi, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti

Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale - Genova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Commissario Straordinario per la ricostruzione del viadotto Polcevera dell'Autostrada A10 e Presidenza del Consiglio dei Ministri, non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 78/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Giuseppe Santoro s.r.l. quale mandataria del costituendo r.t.i., Zeta s.r.l., I.C.A.M. F.Lli Parodi s.r.l., Spartacus s.r.l., S.C.S. Società cooperativa, quali mandanti del costituendo r.t.i., nonché dell'Autorità di Sistema portuale del Mar Ligure Occidentale - Genova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Corbyons, Clarizia, Mozzati e dello Stato Stigliano Messuti, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha accolto il ricorso proposto dalla società Giuseppe Santoro s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con

Zeta s.r.l., I.C.A.M. F.lli Parodi s.r.l., Spartacus s.r.l., S.C.S. società cooperativa, nonché da tali società, ciascuna in proprio ed in qualità di mandante del costituendo r.t.i. (d'ora innanzi r.t.i. Santoro), contro l'Autorità di Sistema portuale del Mar Ligure Occidentale – Genova (oltre che contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Commissario Straordinario per la ricostruzione del viadotto Polcevera dell'Autostrada A10, non costituiti in giudizio) e nei confronti della Drafinsub s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Adriatic Marine Solutions s.r.l., Injectosond Italia s.r.l. e Varcos s.r.l., nonché di queste ultime società, ciascuna in proprio ed in qualità di mandante del r.t.i. (d'ora innanzi r.t.i. Drafinsub), per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione al r.t.i. controinteressato dall'appalto integrato relativo al consolidamento statico delle banchine del Porto di Genova di Ponte dei Mille di ponente e approfondimento dei fondali.

1.1. Il primo giudice – esposti i quattro motivi del ricorso principale e i sei motivi aggiunti presentati dalla parte ricorrente, seconda classificata, e dato atto della cessazione della materia del contendere sul quarto motivo del ricorso principale, per l'avvenuta ostensione degli atti di gara, nonché della rinuncia al primo motivo – ha ritenuto fondato e assorbente, attesa la sua valenza escludente, il terzo motivo aggiunto (rubricato dalla ricorrente come settimo), con cui si contestava il difetto in capo alla mandante Varcos s.r.l., esecutrice del 29,13% dei lavori, della certificazione ISO 9001:2015 richiesta dal punto 6.2.1 dell'avviso di gara.

Ha pertanto accolto il motivo e disposto che il r.t.i. Drafinsub dovesse essere escluso dalla gara.

1.2. La domanda risarcitoria è stata invece respinta, avuto riguardo alla tempestiva sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati ordinata in fase cautelare.

1.3. Le spese processuali sono state compensate stante la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti sulle questioni poste dal ricorso.

2. Avverso la sentenza la società Drafinsub s.r.l. e le altre società componenti del r.t.i. hanno proposto appello con cinque motivi.

2.1. La società Giuseppe Santoro s.r.l. e le sopra indicate mandanti si sono costituite in giudizio per resistere al gravame ed hanno riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi dichiarati assorbiti in primo grado.

2.2. L'Autorità di Sistema portuale del Mar Ligure Occidentale, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, si è costituita in giudizio in adesione all'appello.

2.3. All'udienza del 25 marzo 2021, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, su richiesta concorde delle parti ne è stato disposto l'abbinamento al merito, fissando l'udienza pubblica del 15 luglio 2021.

A seguito dell'adozione da parte della stazione appaltante del decreto n. 431 del 6 maggio 2021 di aggiudicazione dell'appalto al r.t.i. ricorrente e vittorioso in primo grado, l'appellante ha formulato nuova istanza cautelare, con richiesta di misure cautelari monocratiche.

Con decreto presidenziale n. 2472 del 10 maggio 2021 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche e fissata la camera di consiglio del 10 giugno 2021, all'esito della quale è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata con ordinanza n. 3177 dell'11 giugno 2021.

2.4. All'udienza del 15 luglio 2021 la causa è stata discussa da remoto e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e di repliche delle società appellante e appellata.

Su richiesta della stazione appaltante è stato pubblicato anticipatamente il dispositivo, in data 16 luglio 2021.

3. Col primo motivo di appello (*Erroneità della sentenza per violazione ed errata applicazione degli artt. 83, 87 e 89 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 63 della Direttiva 2014/24/UE. Errata interpretazione dell'art. 6 dell'Avviso esplorativo.*

Travisamento. Difetto di motivazione) viene criticata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la *lex specialis* di gara richiedesse il possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2015 in capo a tutte le imprese del raggruppamento e che i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, interpretati in senso contrario, sarebbero stati “*in contrasto ad un tempo con la disciplina codicistica e con quella della lex specialis*”.

3.1. L'appellante sostiene che sarebbe stato invece sufficiente il possesso della certificazione di qualità in capo all'impresa mandataria Drafinsub e che la stazione appaltante avrebbe confermato siffatta interpretazione della legge di gara, rispondendo positivamente al corrispondente quesito n. 6 delle F.A.Q. (pure se la risposta era riferita alla certificazione di qualità ISO 14001:2015, ma da reputarsi valida anche per la certificazione di qualità ISO 9001:2015, parimenti richiesta quale requisito di partecipazione).

3.2. Il motivo è infondato.

L'art. 6.2 (*Requisiti di carattere specifico*) dell'avviso esplorativo del 16 luglio 2020, prot. n. 0018905.U richiede per gli operatori economici *esecutori dei lavori* (sottolineatura originale), al punto i.): “*possesso, da parte del soggetto che eseguirà i lavori, di certificazioni di qualità, quali, nello specifico: ISO 9001:2015 ed ISO 14001:2015*”.

Trattandosi di appalto integrato, la richiesta dei requisiti di carattere specifico è riferita in generale agli esecutori dei lavori, in contrapposizione ai progettisti, ma è significativo che il punto i.) specifichi che le certificazioni di qualità debbano essere possedute “*da parte del soggetto che eseguirà i lavori*”, senza precisarne il ruolo all'interno del raggruppamento (a differenza di quanto disposto al successivo punto ii., che espressamente prevede, per l'indicatore economico che ne è oggetto, che “*in caso di raggruppamenti il requisito dovrà essere soddisfatto dalla capogruppo mandataria*”) e senza distinguere la tipologia dei lavori (a differenza di quanto disposto al successivo punto iii. per l'attestazione SOA).

Di qui la correttezza dell'interpretazione della legge di gara sostenuta dal r.t.i. ricorrente e seguita dal primo giudice, sia perché letteralmente il requisito non è riferito al raggruppamento temporaneo di imprese nel suo complesso o alla sola mandataria, bensì all'esecutore dei lavori, sia perché, dal punto di vista sistematico, trattandosi di requisito tecnico attestante la capacità di eseguire i lavori secondo standard qualitativi predefiniti, la mancata specificazione delle prestazioni contrattuali per le quali era richiesto, comporta la necessità che esso sia posseduto da tutte le imprese del raggruppamento in quanto tutte impegnate ad eseguire, per quote differenziate, le medesime prestazioni contrattuali (cfr. Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 606, riferita ad appalto di servizi, ma con principi di diritto valevoli anche per il presente appalto integrato, per il quale, come detto, la certificazione di qualità è richiesta senza differenziare le categorie di lavori), tenuto conto peraltro della ripartizione interna al r.t.i. Drafinsub, di natura orizzontale.

3.2.1. D'altronde, come sottolinea la difesa delle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo Santoro, la condotta del r.t.i. appellante conferma la detta interpretazione della legge di gara, dal momento che, per sopperire alla carenza della certificazione in capo alla mandante Varcos, ha prodotto in gara il contestato contratto di avvalimento, con il quale l'ausiliaria Drafinsub ha messo "*a disposizione dell'ausiliata il certificato ISO 9001:2015*". Evidentemente tale avvalimento non avrebbe avuto ragion d'essere né significato alcuno se il r.t.i. appellante non fosse stato convinto, al momento della partecipazione alla gara, che la *lex specialis* richiedesse il possesso della certificazione di qualità in capo a tutte le imprese del raggruppamento.

3.2.2. Vanno poi disattesi i rilievi difensivi dell'appellante secondo cui la stazione appaltante, fornendo i chiarimenti richiesti col quesito n. 6 della F.A.Q., avrebbe consentito che la certificazione di qualità fosse posseduta dalla sola impresa mandataria in caso di partecipazione in raggruppamento di operatori economici (ATI/RTI).

Sia il quesito che la risposta sono riferiti al possesso della certificazione di qualità ISO 14001:2015.

Siffatta esplicita limitazione consente di escludere che il chiarimento (reso effettivamente nel senso che sarebbe stato “*sufficiente il possesso di tale requisito in capo alla sola mandataria*”) sia, in sé, riferibile alla certificazione di qualità ISO 9001:2015.

Il mancato riferimento a tale ultima certificazione e la diversità degli scopi delle due certificazioni, pur concernenti entrambe sistemi di gestione aziendale (ma l’una riguardante il sistema di gestione ambientale; l’altra l’organizzazione aziendale e la qualità dei processi produttivi), inducono ad escludere che il chiarimento possa essere esteso dall’una all’altra, dovendo piuttosto essere interpretato in termini strettamente letterali.

Né appare decisivo il rilievo dell’appellante concernente la previsione del possesso di entrambe le certificazioni nella medesima clausola della *lex specialis*, poiché se il chiarimento fosse inteso come riferito anche alla certificazione ISO 9001:2015 si avrebbe che:

- per un verso, finirebbe per apportare alle regole di gara una modificazione implicita, violando i canoni della trasparenza e della pubblicità;
- per altro verso, come rilevato nella sentenza appellata, andrebbe oltre la portata della *lex specialis* desumibile dal testo dell’avviso esplorativo.

I chiarimenti resi dall’Autorità di Sistema portuale del Mar Ligure Occidentale si porrebbero perciò in contrasto con l’univoca giurisprudenza che ne esclude l’interpretazione estensiva, tale da risultare contraria al significato testuale della legge di gara (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604 e id., VI, 12 maggio 2020, n. 2984).

3.3. Alla luce delle esposte argomentazioni va ribadito che, in caso di partecipazione di operatori economici in raggruppamento, il possesso della certificazione di qualità

ISO 9001:2015 era richiesto dalla legge di gara in capo a tutte le imprese raggruppate, come ritenuto dal primo giudice.

Il primo motivo di gravame va quindi respinto.

4. Il secondo, terzo e quarto motivo di appello vanno trattati unitariamente perché attengono all'unitario percorso motivazionale della sentenza appellata, volto a supportare la *ratio decidendi* secondo la quale, essendo la mandante Varcos priva del requisito di partecipazione di cui alla detta certificazione di qualità, non avrebbe potuto colmare tale carenza attraverso il contratto di avvalimento all'uopo stipulato con la mandataria dello stesso r.t.i., Drafinsub.

4.1. L'iter logico-giuridico della motivazione si snoda attraverso i seguenti tre fondamentali passaggi:

- 1) in linea di principio, l'avvalimento della certificazione di qualità non sarebbe ammissibile, in quanto *“la certificazione di qualità ISO 9001:2015 non pare riconducibile ai requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economico finanziaria, contemplati dall'art. 83, comma 1, lett. b) e c) d.lgs. 50/16, in relazione ai quali il successivo art. 89 consente l'avvalimento. La certificazione di qualità è, significativamente, disciplinata dall'art. 87 d.lgs. 50/16 e tale collocazione rende evidente la eterogeneità di tale istituto rispetto ai requisiti che sono contemplati all'art. 83”*. La sua disciplina (attinenza all'organizzazione e ai processi aziendali di produzione; conseguimento della certificazione a seguito della conformazione dell'organizzazione ad una serie di norme relative ai processi produttivi; accertamento da parte di un ente indipendente) ne farebbe emergere *“la natura eminentemente soggettiva”*, ostativa all'avvalimento, come ritenuto da una parte della giurisprudenza (Cons. Stato, III, 25 febbraio 2014, n. 887) e dall'ANAC (deliberazioni 837/17 e 120/16);

- 2) dal momento che la certificazione ISO 9001:2015 è l'attestazione di un “modo di essere” dell'impresa, questo potrebbe essere “prestato” con l'avvalimento soltanto *“a determinate, ed estremamente rigorose, condizioni”*; pertanto l'orientamento

giurisprudenziale contrario a quello anzidetto - che ha ammesso il “prestito” della certificazione quando l’ausiliaria metta a disposizione l’intera 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 da mettere a disposizione (Cons. Stato, V, 27 luglio 2017 n. 3710) - potrebbe essere condiviso a patto di ammettere l’avvalimento *“solo in casi estremamente circoscritti e ben più restrittivi di quelli ammessi dalla giurisprudenza più liberale”*, poiché si tratterebbe di avvalimento *“integralmente sostitutivo di una organizzazione di impresa ad un’altra”*;

- 3) in ogni caso dovrebbe essere escluso l’avvalimento della certificazione ISO 9001:2015 all’interno del raggruppamento di imprese dal momento che *“ammettere una simile ipotesi significa, in sostanza, elidere completamente l’apporto della ausiliata che non svolgerebbe, dovendo utilizzare l’intera organizzazione della ausiliaria, alcuna parte dell’appalto”*.

4.2. I motivi di appello in esame censurano separatamente ciascuno dei detti punti della decisione.

4.2.1. Col secondo motivo (*Erroneità della sentenza per violazione ed errata applicazione degli artt. 83, 87 e 89 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 63 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione del principio del favor participationis*) si sostiene che l’affermazione dell’inammissibilità dell’avvalimento delle certificazioni di qualità si porrebbe in contrasto con il dettato normativo (nazionale ed euro-unitario) e con l’oramai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa.

Sotto il primo profilo, l’appellante evidenzia che l’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 esclude espressamente l’avvalimento soltanto per i requisiti di ordine generale di cui all’art. 80, tra i quali non è annoverata la certificazione di qualità ISO 9001:2015; quest’ultima, essendo manifestazione delle capacità tecnico-professionali dell’operatore, può essere oggetto di avvalimento, come confermato dall’art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, il quale definisce le capacità tecniche e

professionali che, ai sensi del successivo art. 63 possono essere oggetto di avvalimento, individuandole proprio in quei “*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*”.

Sotto il secondo profilo, l’appellante cita diversi precedenti giurisprudenziali che hanno ritenuto: la certificazione di qualità coerente con l’istituto dell’avvalimento (Cons. Stato, V, nn. 5408/2012 e 1368/2013); l’istituto di avvalimento di immediata e generale applicazione (oltre alle sentenze appena dette, Cons. Stato, III, n. 2344/2011; V, n. 3066/2011); la preferenza da accordare ad un criterio ermeneutico sostanziale che conduca ad escludere che la certificazione di qualità debba necessariamente fare capo al singolo concorrente (T.A.R. Campania – Salerno, sez. I, n. 787/2010). Quindi osserva come l’ammissibilità dell’avvalimento della certificazione di qualità abbia trovato piena conferma nella giurisprudenza successiva (*ex multis*, Ad. Plen Cons. Stato 4 novembre 2016, n. 23; Cons. Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710; Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765) e risponda a ragioni di logica e di ragionevolezza, atteso che la certificazione di qualità è requisito implicito dell’attestazione SOA, con riferimento alle classifiche III e superiori, e l’attestazione SOA può, a sua volta, essere oggetto di avvalimento.

4.2.2. Col terzo motivo (*Erroneità della sentenza per violazione ed errata applicazione degli artt. 83, 87 e 89 del D. Lgs. n. 50/2016. Sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 63 della Direttiva 2014/24/UE. Difetto di motivazione.*) si critica l’affermazione della sentenza che, dopo aver dato atto dell’orientamento giurisprudenziale favorevole all’ammissibilità dell’avvalimento della certificazione di qualità, lo assume condivisibile solo se “*accompagnato dalla garanzia che sia proprio l’organizzazione aziendale dell’impresa ausiliaria che svolga il lavoro o il servizio cui si era impegnata l’impresa ausiliata*”; ed esclude a questo scopo che sia sufficiente la messa a

disposizione dell'organizzazione aziendale (poiché, ad avviso del primo giudice, *“nessuna parte dell'organizzazione aziendale della ausiliata può svolgere la commessa e, specularmente, solo la organizzazione della ausiliaria deve svolgere in toto la commessa”*, dovendo essere l'avvalimento *“integralmente sostitutivo”*, come detto sopra sub 2).

La critica si basa sui seguenti due ordini di ragioni:

- in primo luogo, l'avvalimento della certificazione non imporrebbe che l'impresa ausiliaria si sostituisca integralmente all'impresa ausiliata nell'esecuzione della prestazione ma solamente che essa metta a disposizione di quest'ultima le risorse che le hanno consentito di ottenere la certificazione, al fine di permettere che anche l'impresa ausiliata operi secondo gli standard prescritti; il meccanismo sostitutivo dell'ausiliata da parte dell'ausiliaria, che impone l'esecuzione diretta dei lavori da parte delle imprese ausiliarie, è infatti previsto dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 esclusivamente per i titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII parte II, lett. f), e per le esperienze professionali pertinenti, con disposizione eccezionale, che ne precluderebbe l'applicazione a fattispecie diverse da quelle indicate;
- in secondo luogo, non corrisponderebbe al vero che la certificazione di qualità oggetto di avvalimento non possa essere comunicata all'impresa ausiliata; nel caso di specie, d'altronde, le risorse messe a disposizione dell'ausiliata Varcos, non solo immateriali ma anche strettamente materiali, sarebbero ampiamente sufficienti ad eseguire il lavoro.

4.2.3. Col quarto motivo (*Erroneità della sentenza per violazione ed errata applicazione degli artt. 83, 87 e 89 del D. Lgs. n. 50/2016. Sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 63 della Direttiva 2014/24/UE. Difetto di motivazione.*) si critica l'assunto della sentenza secondo cui dovrebbe essere escluso in ogni caso l'avvalimento della certificazione di qualità interno al raggruppamento temporaneo di imprese.

Ad avviso dell'appellante, in senso contrario deporrebbe l'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 che consente che l'operatore economico possa avvalersi della capacità di altri

soggetti “*anche partecipanti al raggruppamento*”, in conformità a quanto previsto dall’art. 63 della direttiva 2014/24/UE. L’ammissibilità dell’avvalimento interno al raggruppamento è inoltre riconosciuta dalla prevalente giurisprudenza, come da precedenti richiamati in ricorso (Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765 ed altri). Nel caso di specie, d’altronde, la mandante Varcos può eseguire la propria quota di lavorazioni (prefabbricazione di massi artificiali di calcestruzzo, che richiede l’impiego di n. 10 risorse umane, delle 23 messe a disposizione dell’ausiliaria, e nessun mezzo marittimo, per 31 giorni lavorativi; provvista e posa di calcestruzzo subacqueo presso lo specchio acqueo di Ponte dei Mille, che richiede l’impiego di n. 6 risorse umane, per 38 giorni lavorativi), senza necessità di impiegare tutte le risorse messe a disposizione dall’ausiliaria Drafinsub, che avrà a disposizione le risorse necessarie per l’esecuzione delle lavorazioni ad essa attribuite.

5. Vanno condivisi i rilievi critici di cui ai primi due anzidetti motivi di gravame.

5.1. In linea di principio, va ribadita l’ammissibilità dell’avvalimento delle certificazioni di qualità, per le ragioni tutte esposte dall’appellante e ritenute dalla oramai prevalente giurisprudenza, risultante dai precedenti sopra riportati (*ex multis*, Ad. Plen Cons. Stato 4 novembre 2016, n. 23; Cons. Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710; Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765) e da altri successivi (Cons. Stato, V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730).

Giova precisare che non è affatto in contestazione la portata “soggettiva” del requisito, in contrapposizione alla portata “oggettiva” di altri requisiti, intesa quest’ultima come afferente in via immediata alla qualità e quantità dei lavori eseguiti nel periodo di attività da documentare. Tuttavia, contrariamente a quanto affermato nella sentenza appellata, siffatta dimensione del requisito non è affatto ostativa all’avvalimento, malgrado sia “soggettiva” nel senso che caratterizza il “modo di essere” di un determinato operatore economico.

In particolare, la certificazione di qualità ISO 9001:2015 garantisce che l'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa avvenga secondo un'organizzazione dei processi produttivi rispondente ai parametri all'uopo predefiniti, la quale è di pertinenza soggettiva, soltanto perché propria dell'impresa nei cui confronti l'organismo qualificato ha attestato il rispetto degli standard qualitativi (cfr. Cons. Stato, V, n. 606/19, citata; 16 marzo 2020, n. 1881).

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.

Va quindi scartata l'interpretazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 che ne valorizza il richiamo letterale del (solo) articolo 83, comma 1, lettere b) e c) e che ritiene rilevante ad escludere l'avvalimento delle certificazioni di qualità il mancato richiamo dell'art. 87 (di cui alla sentenza di primo grado ed alle difese della società appellata). Piuttosto deve essere preferita l'interpretazione della norma interna conforme alla direttiva euro-unitaria (cfr. Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953), che, configurando l'avvalimento come istituto generalmente praticabile laddove non espressamente vietato, lo ammette per soddisfare la richiesta relativa al possesso di ogni tipologia di requisito tecnico-professionale (oltre che economico-finanziario), fatta eccezione per le esclusioni e le limitazioni esplicitate per via normativa.

5.2. Parimenti non condivisibile è l'ulteriore affermazione della sentenza che, dando atto dell'orientamento giurisprudenziale favorevole all'avvalimento delle certificazioni di qualità - oramai prevalente e nient'affatto “isolato”, secondo quanto invece si legge negli scritti del r.t.i. appellato - ne circoscrive la portata, sostenendo

la validità del “prestito” nel solo caso in cui non sia limitato all’organizzazione aziendale ma sia accompagnato dalla garanzia che sia proprio l’organizzazione aziendale dell’impresa ausiliaria ad *eseguire direttamente* le prestazioni oggetto di appalto.

L’esecuzione diretta dell’appalto da parte dell’operatore economico ausiliario è fattispecie eccezionale. La regola è quella desumibile dall’art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale “*il contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara*”, cui fa da *pendant* la regola del successivo comma 9, per la quale l’impresa ausiliata esegue il contratto mediante “*l’effettivo impiego ... nell’esecuzione dell’appalto*” dei requisiti e delle risorse “*oggetto dell’avalimento da parte dell’impresa ausiliaria*”, vale a dire utilizzando le risorse, materiali e immateriali, che l’ausiliaria ha messo a sua disposizione. A tali regole fa eccezione, appunto, la previsione dell’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, riguardante i criteri relativi all’indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali equivalenti, su cui si è soffermata la parte appellante (anche mediante richiamo di recente giurisprudenza che ne ha ribadito la portata eccezionale: cfr. Cons. Stato, V, 26 aprile 2021, n. 3374). La peculiarità dell’avalimento della certificazione di qualità consiste piuttosto nell’indispensabilità 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, V, 27 luglio 2017, n. 3710; 18 marzo 2019, n. 1730, tra le altre; l’affermazione si rinviene anche nella sentenza del Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765, che però ne ammette un’utilizzazione frazionata, sia pure in riferimento ad un appalto di servizi ed a certificazione di qualità diversa dalla ISO 9001:2015; non è infine pertinente l’altra sentenza del Cons. Stato, III, 25 agosto 2020, n. 5204, richiamata dall’appellante, perché non riguarda l’avalimento di certificazioni di qualità).

In sintesi, si tratta di avvalimento complessivo o, meglio, avente 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 e delle procedure del Sistema di Gestione Qualità ISO 9001) non può essere contemporaneamente utilizzata dall’ausiliata e messa a disposizione dell’ausiliaria.

Malgrado ciò, va evidenziato che l’avvalimento, in sé, consiste sempre e comunque nella disponibilità del requisito fornita all’ausiliata senza che ciò ne comporti la sostituzione nell’esecuzione dei lavori. L’ausiliaria si limita a “comunicare” all’ausiliata le risorse, materiali e immateriali, che le hanno permesso di conseguire la certificazione di qualità al fine di consentire che sia l’impresa concorrente ad eseguire i lavori, svolgendo in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante, secondo gli standard di qualità della certificazione oggetto del “prestito”.

In definitiva, pur avendo ad oggetto un requisito “inscindibile”, va escluso che l’avvalimento della certificazione di qualità comporti la sostituzione dell’impresa ausiliaria nell’esecuzione delle prestazioni oggetto dell’appalto, applicandosi alla fase esecutiva le regole generali dei commi 8 e 9 dell’art. 89.

6. Passando a trattare del quarto motivo di appello, giova premettere che, alla stregua delle argomentazioni esposte, in linea di principio, è condivisibile l’assunto dell’appellante che anche per le certificazioni di qualità valga la previsione dell’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente l’avvalimento tra imprese partecipanti al medesimo raggruppamento temporaneo.

L’interpretazione è conforme a quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE, la quale prevede all’art. 63 che un raggruppamento di operatori economici può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

Pertanto, fatta salva la fattispecie dell’art. 89, comma 7, estranea alla presente vicenda processuale, un’impresa partecipante al raggruppamento può, in linea di principio,

cedere un proprio requisito ad altra impresa dello stesso raggruppamento, mandataria o mandante.

6.1. Tuttavia, qualora il requisito oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità ISO 9001:2015, il ricorso all'istituto comporta, come detto, che l'ausiliata utilizzi per l'esecuzione dei lavori il sistema organizzativo dell'ausiliaria, avvalendosi del medesimo complessivamente e in modo continuativo per la durata dell'esecuzione dei lavori.

Quando l'impresa ausiliaria è esterna al raggruppamento tale avvalimento, pur complessivo, ben può comportare la messa a disposizione delle risorse nei limiti temporali che occorrono ai fini della regolare esecuzione della quota dei lavori assunti dall'ausiliata nella procedura di affidamento di che trattasi, cui l'impresa ausiliaria è estranea (come nel caso oggetto della sentenza di cui a Cons. Stato, V, 10 aprile 2020, n. 2359, richiamata dall'appellante, peraltro concernente la qualificazione SOA).

Analogamente quando la certificazione di qualità è richiesta dalla legge di gara per una determinata categoria di lavori o di servizi, per l'esecuzione della quale una soltanto delle imprese del raggruppamento si sia impegnata, è ben possibile l'avvalimento interno al raggruppamento della certificazione di qualità da parte dell'impresa che non necessita di quest'ultima per la qualificazione.

6.1.1. Da entrambe tali situazioni va tenuta distinta quella, ricorrente nel caso di specie, in cui, come detto trattando del primo motivo, il possesso della certificazione di qualità sia richiesto dalla *lex specialis* quale requisito speciale di qualificazione in capo a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento e senza distinguere tra categorie di lavori.

Allora, se il requisito viene fatto oggetto di avvalimento interno al raggruppamento, l'impresa ausiliaria (nel caso di specie la mandataria) se ne priva a favore dell'impresa ausiliata (nel caso di specie la mandante), con la conseguenza che il requisito richiesto

dalla *lex specialis* viene a mancare per almeno una delle imprese raggruppate, essendo il certificato di qualità documento unitario, non frazionabile e non utilizzabile contemporaneamente dai due operatori economici.

In sintesi, il medesimo certificato di qualità non può essere “speso” contemporaneamente dalla mandataria e dalla mandante, *quando entrambe necessitano del suo possesso ai fini della qualificazione*, perché, come ben opinato dalla difesa del r.t.i. appellato, ricorrente in primo grado:

- o l'ausiliaria si priverebbe del requisito ceduto/prestato all'altro raggruppato, divenendo così a sua volta carente del requisito richiesto dalla disciplina di gara in capo a tutti i componenti del r.t.i.;
- o il requisito soggettivo verrebbe inopinatamente duplicato da parte dei medesimi raggruppati, in violazione della disciplina euro-unitaria ed interna sull'avvalimento.

6.1.2. A tale ultimo riguardo, va infatti evidenziato come:

- per un verso, si verrebbe a determinare una sorta di inammissibile condivisione della medesima organizzazione aziendale; siffatta “confusione” non sarebbe affatto impedita, come pretenderebbe l'appellante, dall'asserita diversità dei periodi di esecuzione delle quote di lavori assunti da ciascuna delle imprese del raggruppamento, in modo da evitare sovrapposizioni nell'ambito dell'unitario cronoprogramma; tali assunti attengono infatti alla fase esecutiva dei lavori, laddove l'unicità del possesso del requisito in capo a ciascuna impresa del raggruppamento è richiesta *ex ante* ai fini dell'ammissione alla procedura di gara;
- per altro verso, si avrebbe una compromissione della concorrenza, in quanto si consentirebbe ad un r.t.i., che dovrebbe avere il possesso di tante certificazioni di qualità per quante sono le imprese componenti, di effettuare una sorta di duplicazione interna, sottraendosi ai costi connessi all'esigenza di adeguare tutte le imprese raggruppate agli standard di qualità che costituiscono il presupposto per il rilascio della certificazione, ma concorrendo su un piano di parità con gli operatori

economici che hanno invece adeguato la propria organizzazione e i propri processi produttivi ai requisiti richiesti dal sistema di gestione.

Né siffatta considerazione oblitera la portata generale dell'istituto dell'avvalimento - come sostenuto dall'appellante - poiché resta ferma la possibilità del ricorso all'avvalimento della certificazione di qualità di operatore economico estraneo al raggruppamento, mentre la limitazione dell'avvalimento interno al raggruppamento è conseguente alla ridetta formulazione della legge di gara.

6.2. In conclusione, servendo il medesimo requisito della certificazione ISO 9001:2015 a qualificare mandataria e mandante, entrambe ne avrebbero dovuto spendere il possesso in proprio (o mediante avvalimento esterno al raggruppamento) per l'ammissione alla procedura di gara.

In mancanza del requisito in capo all'una o all'altra, il r.t.i. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Di qui la conferma della decisione di primo grado, pur corretta la motivazione nei termini sopra specificati.

7. L'appello va quindi respinto.

7.1. Le ragioni di rigetto comportano l'inammissibilità per carenza di interesse del quinto motivo di appello, volto a sostenere la completezza e la determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento stipulato tra la Drafinsub e la Varcos.

7.2. Restano inoltre definitivamente assorbiti i motivi riproposti dal r.t.i. Santoro ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

7.3. Le spese del grado di appello possono essere compensate per giusti motivi, attesa la varietà di orientamenti giurisprudenziali già rilevata dal primo giudice.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese processuali.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO