

POSITION PAPER PER IL COMITATO DI INDIRIZZO E GARANZIA

AVVALIMENTO DELLA CERTIFICAZIONE E DELL'ACCREDITAMENTO

1. FOCALIZZAZIONE DEL TEMA

Cos'è l'Avvalimento e quali sono i principi ispiratori

L'Avvalimento è un Istituto giuridico di origine comunitaria¹, promosso da Paesi Nord Europei dove il numero degli operatori economici è molto limitato, riguardante il settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, introdotto anche nell'ordinamento dello Stato italiano dal D.Lgs. 163/2006, in sede di recepimento delle direttive comunitarie n. 2004/17 e 2004/18.

L'Avvalimento è il mezzo con il quale un operatore economico che partecipa ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico per il quale è richiesto il possesso di determinati requisiti (economico-finanziari o tecnico-organizzativi), in assenza di questi requisiti, può dichiarare di avvalersi dei requisiti di un altro operatore economico, indipendentemente dalla natura giuridica del legame con l'altro operatore economico.

In Italia, per la partecipazione ad alcune gare, è capitato che operatori economici abbiano provato, ed in certi casi ottenuto, ad avvalersi delle certificazioni (anche di accreditamento!) in possesso di altri operatori economici.

Perché la Certificazione di sistema di gestione e l'Accreditamento non dovrebbero essere oggetto di Avvalimento

Il sistema di gestione è un insieme di elementi correlati o interagenti per stabilire politica e obiettivi e per conseguire tali obiettivi, che serve a guidare e a tenere sotto controllo l'organizzazione, cioè l'insieme di persone e di mezzi con definite responsabilità, autorità e interrelazioni.

Un efficace sistema di gestione si deve fondare su alcuni principi fondamentali quali:

- leadership – I leader stabiliscono unità di intenti e di indirizzo dell'Organizzazione. Essi devono riuscire a creare e mantenere un ambiente interno che coinvolga pienamente le persone nel conseguimento degli obiettivi dell'Organizzazione;

¹ Si noti che in un certo senso l'Avvalimento è un Istituto noto già da tempo al Diritto Italiano, tant'è che Il Regio Decreto 23.05.1924 n.827 all'art. 67 recitava: "*Quando l'aspirante non possa provare tale sua idoneità, e presenti in vece sua una persona che riunisca le condizioni su espresse, e alla quale egli si obblighi di affidare l'esecuzione delle opere, l'Amministrazione può ammetterlo all'incanto.*"

- coinvolgimento delle persone - Le persone, a tutti i livelli, costituiscono l'essenza dell'Organizzazione ed il loro pieno coinvolgimento permette di porre le loro capacità al servizio dell'Organizzazione. Il personale deve essere competente sulla base di istruzione, formazione-addestramento, abilità ed esperienza appropriati, nonché consapevolezza del proprio ruolo e dell'influenza delle proprie attività sulla qualità;
- approccio per processi - Un risultato desiderato si ottiene con maggiore efficienza quando le attività e le relative risorse sono gestite come un processo. L'applicazione di un sistema di processi nell'ambito di un'Organizzazione, unitamente all'identificazione e all'interazione di questi processi, e la loro gestione per consentire il risultato desiderato, può essere denominata "approccio per processi";
- approccio sistemico alla gestione - Identificare, comprendere e gestire, come fossero un sistema, processi tra loro correlati, contribuisce all'efficacia e all'efficienza dell'Organizzazione nel conseguire i propri obiettivi.

Quindi la certificazione (e, in un certo modo, anche l'accreditamento), costituisce il raggiungimento di un percorso articolato e complesso che vede impegnata l'intera Struttura aziendale, dalle risorse umane ai processi aziendali, grazie al possesso di una "cultura" che deve permeare le attività quotidiane della specifica Organizzazione. Il sistema di gestione è fatto su misura per le caratteristiche intrinseche di ogni Organizzazione e pertanto è un requisito estremamente soggettivo, non esportabile, e tanto meno cedibile ad altre Organizzazioni se disgiunto dall'intero complesso aziendale e dal contesto nel quale è stato sviluppato. Se non è cedibile il sistema di gestione non può, ovviamente, esserlo la certificazione e l'accreditamento, che non è nient'altro che l'evidenza che tale sistema è conforme ad una norma di riferimento.

La certificazione del sistema di gestione o l'accreditamento manifestano un *modus operandi* che è tipico dell'Organizzazione nel suo complesso e che è il frutto di una crescita culturale e comportamentale che è maturata nel tempo. Cedere la certificazione del sistema di gestione o l'accreditamento a un'altra Organizzazione e pretendere che essa dia risultati è come, per un ingegnere, cedere la propria laurea ad un altro soggetto e pretendere che esso acquisisca la capacità di progettare!

Se intendiamo che la certificazione del sistema di gestione o l'accreditamento siano veramente uno strumento efficace per la corretta esecuzione dei lavori o per la fornitura di beni e servizi non è possibile ammettere che essa non sia posseduta in proprio dall'Organizzazione che partecipa all'appalto. Soprattutto perché l'Avvalimento è fondato sull'aspetto sostanziale più che su quello formale-giuridico e la certificazione e l'accreditamento sono requisiti "soggettivi", propri solo dell'Organizzazione e dei processi alla quale essa si riferisce.

Quanto sopra è posto come "assioma" dalle norme internazionali di certificazione (così come quelle di accreditamento) che richiedono chiaramente che il documento di certificazione (certificato) riporti esattamente la ragione sociale dell'Organizzazione certificata e l'indirizzo (i) del(i) sito(i) dove si eseguono i processi riportati nello scopo del certificato stesso.

Inoltre il Codice e il Regolamento trattano in maniera diversa la possibilità dell'Avvalimento nel caso di appalti di forniture e servizi rispetto a quelli di lavori: così come nel caso di singola gara o di qualificazione SOA. Non esiste una *ratio* per questa differenziazione: la certificazione di qualità si basa sugli stessi principi e sulle stesse caratteristiche che devono essere in possesso dell'Organizzazione, anche se le procedure di appalto o i processi oggetto di certificazione sono diversi.

L'Avvalimento non si applica alle attività oggetto di Albi Professionali

Un'ulteriore riprova di quanto poc'anzi sostenuto riguarda la possibilità di ricorrere all'Avvalimento per i requisiti di idoneità professionale attestati attraverso l'iscrizione ad Albi Professionali. Si ritiene infatti che gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurino uno *status* e non possano essere oggetto di Avvalimento.

2. PARTI COINVOLTE

ACCREDIA (Avvalimento dell'accreditamento), Organismi di Certificazione (Avvalimento delle certificazioni), Società appaltanti, Pubblica Amministrazione, AVCP, Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti, Organizzazioni Imprenditoriali.

3. STATO DELL'ARTE

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5408 del 23.10.2012, in contrasto con la linea di pensiero dell'AVCP ribadita nella determinazione n. 2 del 1° agosto 2012², ha affermato che l'Avvalimento di cui all'art. 49 Codice Contratti Pubblici, può riferirsi anche alla certificazione di qualità.

Con sentenza n. 4130 del 24 aprile 2013, il Tar Lazio ha recentemente mutato indirizzo giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 49 del Dlgs 163/2006, affermando che l'Avvalimento della certificazione di qualità non è consentito, ad eccezione delle ipotesi in cui la stessa sia compresa nell'attestazione SOA.

In una recente sentenza del 10 ottobre 2013, la Corte Ue ha infine dichiarato l'incompatibilità tra le norme europee e l'articolo 49, comma 6, del Dlgs 163/2006. E' stato anche sancito un principio in base al quale, in casi particolari, l'amministrazione può chiedere che una determinata prestazione venga eseguita da un operatore in grado di garantire un certo livello minimo di requisiti. La limitazione troverebbe giustificazione nella «necessità di evitare che il ricorso all'avvalimento con frazionamento dei requisiti richiesti dal bando possa tradursi nel rischio per la stazione appaltante di non avere adeguata assicurazione sulla capacità degli operatori economici di eseguire a regola d'arte le prestazioni oggetto del contratto».

In questo caso la stazione appaltante è quindi legittimata a richiedere che un livello minimo di capacità sia raggiunto da un operatore economico unico.

Il dibattito in sede giurisprudenziale è quindi controverso.

² "In sintesi, alla luce delle argomentazioni esposte, si ritiene che l'art. 49 del Codice vada interpretato nel senso che lo stesso non consente l'avvalimento della certificazione di qualità, tranne nell'ipotesi in cui la stessa sia compresa nella attestazione SOA; tale conclusione tiene conto sia della natura sostanziale della certificazione in questione, come sopra ricostruita, sia del dato formale-testuale, emergente dal diritto comunitario e nazionale, che disciplina la certificazione di qualità in un articolo distinto e separato rispetto a quelli dedicati ai requisiti speciali proprio al fine di sottolinearne la differenza. "

ACCREDIA ha già presentato la questione in sede EA, ma non si sono riscontrate in Europa situazioni analoghe, né EA ritiene di poter influire su ambiti che sono giuridici, e non tecnici, disciplinati da norme nazionali.

4. ESIGENZE DEL MERCATO E TENDENZE PREVEDIBILI

In alcune gare si sta utilizzando l'Istituto dell'Avvalimento per certificazioni (principalmente ma non esclusivamente ISO 9001) e per l'accREDITAMENTO (al momento i casi sono molto limitati).

In assenza di chiarimenti legislativi, o di sentenze coerenti, questo fenomeno potrebbe ingrandirsi ulteriormente, a discapito dei committenti, che dovranno ammettere alle gare operatori economici non in possesso dei requisiti richiesti, e, data la natura soggettiva di questi requisiti, non sostituibili da Soggetti terzi.

5. LINEE DI INDIRIZZO DA PROPORRE CON EVENTUALE INDIVIDUAZIONE DI AZIONI SPECIFICHE E DI SOGGETTI COINVOLTI

Avvalimento dell'AccREDITAMENTO

ACCREDIA, in occasione della prossima revisione del Regolamento per l'accREDITAMENTO degli Organismi di Certificazione ed Ispezione, ha già previsto di inserire la clausola per cui gli Organismi accREDITATI non possono cedere a terzi il certificato di accREDITAMENTO.

Si ritiene quindi che, almeno per quanto riguarda gli OdC e Odi, il problema dovrebbe essere risolto sul nascere, almeno per quanto riguarda ACCREDIA.

Pari disposizione verrà riportata anche nei regolamenti per l'accREDITAMENTO di Laboratori di Prova e di Taratura.

Nel caso in cui, inoltre, un CAB si avvallesse di requisiti di soggetti terzi, per partecipare a delle gare, dovrà essere valutato (caso per caso, norma per norma) se tale legame non si possa configurare come un conflitto di interessi inaccettabile.

Avvalimento delle Certificazioni

Di concerto con le Associazioni degli OdC, per evitare comportamenti disomogenei tra Soggetti certificati da OdC accREDITATI da ACCREDIA, e Soggetti certificati da OdC accREDITATI da altri AB, si è deciso di non imporre una clausola che vieti ai Soggetti certificati dagli OdC accREDITATI di cedere a terzi la propria certificazione, pena la revoca della certificazione stessa.

Si valuti comunque se non sia opportuno prevedere una clausola di questo tipo quantomeno per il settore IAF 28 (costruzioni), visto che tutti gli OdC operanti in Italia sono sotto il controllo diretto di ACCREDIA. Tale clausola, da inserire nel documento RT-05, darebbe infatti attuazione alla determinazione n. 2 del 1° agosto 2012 dell'AVCP, rafforzandone l'efficacia regolatoria e dando certezza dei comportamenti a tutti gli operatori.

In ogni caso, ACCREDIA, in forza del suo ruolo come Ente Unico Nazionale di Accreditamento, potrebbe provare a richiedere un chiarimento ai Ministeri che hanno competenze dirette sul Codice Appalti.

6. EVENTUALI AZIONI DI VERIFICA

Pianificare un workshop a porte chiuse che veda coinvolti i Soggetti maggiormente interessati all'argomento: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, AVCP, Organismi di Certificazione, ANCE, Legacoop/ANCPL, FINCO, ACCREDIA.

Milano, 2 aprile 2014