

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento - Attestazioni SOA - Indicazione puntuale dei mezzi e del personale messo a disposizione - Necessità - Appalto di servizi - Gestione delle entrate comunali - Aggiudicazione - Avvalimento - Certificazione di qualità – Legittimità.

Tar Puglia - Bari, Sez. I, 3 giugno 2021, n. 962.

1. “[...] dalla lettura della normativa nazionale ed europea pertinente, l’avvalimento è un istituto che serve a garantire la massima partecipazione alle gare di affidamento dei contratti pubblici, consentendo appunto ai soggetti che siano privi di determinati requisiti di utilizzare quelli in possesso di altro soggetto – l’ausiliario [...]”

2. “[...] l’avvalimento dell’attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione:

a) che oggetto della messa a disposizione sia l’intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all’impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell’attestazione SOA;

b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.”.

Non si prevede, tuttavia, che la ausiliaria si sostituisca all’avvalente nell’esecuzione della prestazione [...]”.

3. “[...] la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell’attestazione concerne il sistema gestionale dell’azienda e l’efficacia del suo processo operativo”.

Tuttavia, per evitare che l’avvalimento dell’attestazione SOA, ammissibile in via di principio per il favor participationis che permea l’istituto dell’avvalimento, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte ribadito che “l’avvalimento dell’attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione:

a) che oggetto della messa a disposizione sia l’intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all’impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell’attestazione SOA;

b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.”.

Non si prevede, tuttavia, che la ausiliaria si sostituisca all’avvalente nell’esecuzione della prestazione [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Corato ha istituito una società mista partecipata dall'Ente medesimo al 60% per la riscossione gestione delle entrate comunali tributarie, extratributarie e patrimoniali – S.I.x T.- Servizi innovativi per il Territorio S.p.A..

Con bando/disciplinare di gara del 29 giugno 2020, detto Comune ha indetto una procedura telematica aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento in concessione del servizio *de quo* con reperimento del socio privato, titolare di azioni con obbligo di prestazioni accessorie, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla suddetta procedura hanno partecipato due concorrenti, l'Andreani Tributi S.r.l., odierna ricorrente, e la So.G.E.T. S.p.A., divenuta aggiudicataria e attuale controinteressata.

1.1. Con determinazione del Dirigente del Settore II Ragioneria Personale e Tributi del Comune di Corato registro generale n. 2105, n. 182 del 30 dicembre 2020, la gara è stata, infatti, affidata a So.G.E.T. S.p.A..

2. Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati il provvedimento di aggiudicazione appena richiamato, i verbali di gara e *in parte qua* il bando/disciplinare.

3. Sono stati dedotti i seguenti motivi di censura: violazione dell'art. 9.2.3 del bando/disciplinare di gara relativamente ai requisiti di capacità tecnica e professionale, nonché dell'art. 89 del d.lgs n. 50/2016 - eccesso di potere per omesso esame della congruità della certificazione UNI CEI ISO/IEC 27001:2013 rispetto al contratto di avvalimento e/o valutazione palesemente erronea - violazione dell'art. 25 del Capitolato d'Oneri.

3.1. Per quanto concerne la certificazione di qualità ISO/IEC 27001:2013 relativa alla gestione della sicurezza delle informazioni, So.G.E.T. è ricorsa all'avvalimento della ausiliaria Syntax S.r.l., in possesso del certificato n. 208562-2016-AIS-ITAACCREDIA.

La certificazione UNI ISO 27001:2013 imposta in gara dall'Amministrazione quale requisito prevedrebbe l'Annex A, uno standard annesso che contiene 114 controlli (o contromisure) cui deve attenersi l'organizzazione che intende applicare la norma.

3.2. Nella specie l'ausiliaria mette a disposizione della So.G.E.T. solo ed esclusivamente: - il *data center in cloud* (centro elaborazione da remoto); - la suite applicativa Gestel/Web; - il relativo sistema di gestione conforme ai requisiti della 27001.

Tali mezzi di sicurezza però non sarebbero in nessun modo rivolti alla stazione appaltante e non coprirebbero le esigenze di sicurezza del Comune o della società partecipata perché non garantirebbero e non proteggerebbero i dati nella fase di immissione e di utilizzo/lavorazione.

La certificazione non si estenderebbe alle operazioni effettuate sotto il dominio di So.G.E.T., che esegue l'appalto con la sua organizzazione non certificata e con personale non addestrato e tanto meno nella fase successiva di utilizzo/lavorazione.

La remunerazione del contratto di avvalimento sarebbe eloquente della marginalità della posizione Syntax nella esecuzione dell'appalto, essendo limitata ad appena € 5.000 annui (art. 12).

Syntax, in base al contratto, non effettuerà e non è tenuta ad effettuare i controlli sui collegamenti ai sistemi dagli operatori della SO.G.E.T. e tanto meno sulle operazioni che essi effettueranno sul sistema Gestel/Web, perché tali attività non rientrano tra i suoi servizi, rischi e responsabilità.

3.3. La mera responsabilità solidale costituirebbe una obbligazione di garanzia che nulla attesterebbe in ordine alla effettiva e corretta organizzazione del servizio in conformità al bando, non assicurando l'adempimento della prestazione voluta dal Comune mediante la organizzazione del servizio secondo standard di qualità certificati e mediante prestazioni affidate in concreto a personale adeguatamente formato.

3.4. Trattandosi di esperienze professionali che sono e devono essere connesse coi soggetti che tali esperienze e capacità hanno maturato, si applicherebbe il principio di cui al citato art. 89, comma 1, secondo il quale *“per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”*.

L'affidabilità nel trattamento dei dati in ogni fase, comprese quelle di immissione e di gestione, sarebbe esigenza fondamentale degli accertamenti fiscali o parafiscali, nonché primo e fondamentale presidio della lotta all'evasione.

4. Di ciò è avvertito anche il bando/disciplinare di gara allorché, sempre all'art. 9.2.3, stabilisce che: *“Per i soggetti raggruppati ex art. 48 del D. Lgs. n. 50/2016, i requisiti di cui alla lett. d) e alla lett. e) devono essere posseduti da tutte le imprese che compongono il raggruppamento”*.

4.1. La clausola del bando avvalorerebbe l'assunto che la certificazione 27001, relativa alla protezione dei dati, deve essere sempre presente per tutte le operazioni in cui si sostanzia la prestazione dell'appaltatrice, anche quando variamente ripartite fra più soggetti, come fisiologicamente avviene nel caso di un raggruppamento in cui la prestazione può essere variamente distribuita (in senso orizzontale o verticale) fra i suoi componenti.

Né basterebbe all'uopo la responsabilità solidale.

5. Per motivi di mera cautela la ricorrente impugna comunque la clausola del bando in discorso, nel caso in cui la si voglia interpretare nel senso che quelle stesse prestazioni, che l'operatore singolo o

gli operatori associati dovrebbero svolgere in modo certificato in riferimento a tutte le prestazioni e a ciascun operatore, possano essere invece svolte in parte al di fuori di tale certificazione nel caso di ricorso a un contratto di avvalimento.

5.1. Tale prospettazione sarebbe viziata sotto i profili della violazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs n. 50/2016, nella parte già citata, della violazione del requisito totalitariamente prescritto dal bando e della *par condicio* dei concorrenti, alcuni dei quali (quelli singoli o associati in ATI) sarebbero tenuti a possedere la certificazione per tutte le prestazioni, altri invece (quelli che utilizzano l'avvalimento) solo per parte di esse.

6. La prestazione promessa da So.G.E.T. sarebbe impossibile e comunque la sua offerta sarebbe palesemente inaffidabile.

6.1. All'art. 25 del capitolato d'onori è previsto: *“Il Socio Privato dichiara di conoscere e si obbliga a rispettare tutti gli obblighi previsti dalla vigente normativa a carico del responsabile del trattamento, impegnandosi a vigilare sull'operato dei soggetti da esso autorizzati al trattamento e di eventuali propri sub-responsabili del trattamento”*.

6.2. Poiché So.G.E.T. non avrebbe esperienza, competenza, organizzazione, strumenti e strutture adeguate all'elevato standard richiesto dal bando (essendo priva del requisito di certificazione della 27001/2013), non si comprenderebbe come a tale grave carenza possa sopperire l'attività di Syntax (ausiliaria) limitata al server e alla suite dei programmi.

7. Si sono costituiti in giudizio la controinteressata ed il Comune di Corato.

7.1. Ciascuno di essi ha depositato documentazione ed una memoria difensiva.

7.2. In particolare, So.G.E.T., prima ancora di sostenere l'infondatezza del ricorso, ne ha eccepito l'inammissibilità sul rilievo che le contestazioni di parte ricorrente involgerebbe il merito della valutazione discrezionale che la Stazione appaltante ha effettuato.

7.3. Entrambi hanno dedotto alle censure proposte in ricorso.

8. Con ordinanza n. 57 dell'11 febbraio 2021 è stata respinta la domanda cautelare, avanzata in via incidentale.

8.1. Il Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza n. 1868 del 9 aprile 2021, ha rigettato l'appello proposto avverso la citata ordinanza emessa da questo Tribunale.

9. Tutte le parti hanno depositato memorie ex art. 73 c.p.a. in vista dell'udienza del 26 maggio 2021, nella quale, all'esito di una discussione tenutasi in videoconferenza in modalità da remoto, il ricorso è stato introitato per la decisione.

10. In primo luogo deve affermarsi l'ammissibilità del ricorso.

Con lo stesso, infatti, fatto salvo quanto si dirà in ordine alla sua infondatezza, si contesta la conformità dell'avvalimento al quale ha fatto ricorso So.G.E.T. nella gara di che trattasi alla norma di cui all'art. 89 del Codice dei Contratti pubblici, nonché alla *lex* di gara, senza per ciò stesso eseguire valutazioni di merito, e in subordine si censura *in parte qua* lo stesso bando/disciplinare, ove interpretato in modo non condiviso dalla Andreani Tributi.

10.1. Il ricorso è, tuttavia, infondato e deve conseguentemente essere respinto per le ragioni di seguito esposte.

11. Occorre partire dalla normativa in materia di avvalimento.

11.1. L'art. 89, comma 1, del Codice dei Contratti prevede:

“1. 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 Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima 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. ... Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.”.

Il citato art. 89, al comma 5, stabilisce: *“Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.”.*

11.2. La disciplina interna è stata dettata per dare attuazione alla direttiva 2014/24/UE del 26.02.2014, che, all'art. 63 (Affidamento sulle capacità di altri soggetti), par. 1, dispone:

“Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine...

...

Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto...”.

11.3. Come si desume dalla lettura della normativa nazionale ed europea pertinente, l'avvalimento è un istituto che serve a garantire la massima partecipazione alle gare di affidamento dei contratti pubblici, consentendo appunto ai soggetti che siano privi di determinati requisiti di utilizzare quelli in possesso di altro soggetto – l'ausiliario.

12. È comunque sempre la ditta avvalente tenuta ad eseguire le prestazioni, rispetto alle quali il nostro ordinamento prevede comunque la responsabilità solidale in capo alla ditta ausiliaria.

12.1. Ove l'avvalimento si riferisca a titoli di studio e professionali ordinariamente richiesti in capo all'imprenditore o ai dirigenti dell'impresa o alle esperienze professionali pertinenti, *“gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”.*

12.2. Certamente una tale previsione ha natura speciale e, pertanto, non può avere una portata estensiva. Ciò è in applicazione del principio di *favor participationis*, senza, tuttavia, pregiudicare la validità e la qualità della prestazione oggetto poi del contratto.

13. Il caso qui in esame riguarda l'avvalimento di una certificazione di qualità.

Tra i requisiti di capacità tecnica e professionale (in numero di 5) era prescritto il *“possesso della certificazione, in corso di validità, conforme alle norme UNI CEI ISO/IEC 27001:2013 per gli aspetti relativi al SGSI (Sistema di gestione della sicurezza delle informazioni), rilasciata da organismi certificati.”*.

13.1 L'avvalimento di Syntax, da parte So.G.E.T., concerne esattamente detta certificazione di qualità.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 22 del 2020, con riferimento all'avvalimento di una attestazione SOA (caso non esattamente identico ma che può comunque essere qui preso in considerazione), ha in primo luogo ribadito che *“la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo”*.

Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, ammissibile in via di principio per il *favor participationis* che permea l'istituto dell'avvalimento, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte ribadito che *“l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione:*

a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA;

b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.”.

Non si prevede, tuttavia, che la ausiliaria si sostituisca all'avvalente nell'esecuzione della prestazione.

13.2. Certamente non basta che la prima fornisca alla seconda la certificazione pura e semplice, essendo invece richiesto, al fine di non rendere il prestito del requisito quale fittizio, che a questa si accompagni la messa a disposizione delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

14. Nella specie, come si legge nel contratto di avvalimento: *“relativamente al “Sistema di gestione della sicurezza delle informazioni” conforme ai requisiti previsti dalla normativa ISO/IEC 27001, l'impresa ausiliaria s'impegna a mettere a disposizione dell'impresa avvalente la fornitura in cloud, dal proprio data center, della suite applicativa Gestel/Web ed il relativo sistema di gestione conforme ai requisiti contemplati dalla suddetta normativa.”*.

14.1. La circostanza, ben rimarcata dalla ricorrente, che il personale che dovrà materialmente operare non sia fornito da Syntax ma appartenga alla SO.G.E.T. non inficia e non svuota di significato la portata degli elementi messi a disposizione dall'ausiliaria.

Come risulta meglio dalla documentazione tecnica in atti, il sistema, fornito da Syntax e che le ha consentito di conseguire la certificazione di qualità de qua, è *ex se* architettato ed articolato per garantire la sicurezza dei dati, non essendo per questo richiesti specifici operatori. In altre parole è la infrastruttura informatica a garantire il risultato medesimo.

Ove poi si dovessero presentare delle anomalie Syntax garantisce l'intervento immediato col proprio personale. La suddetta ausiliaria garantisce anche SLA (*service level agreement*) di ripristino di eventuali *back-up*.

15. Bisogna considerare che tale sistema teso a garantire la sicurezza delle informazioni si integra perfettamente con quello di gestione dei servizi oggetto della concessione, per il quale la *lex* di gara richiedeva, quale requisito di capacità tecnica e professionale, il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2015.

15.1. So.G.E.T. è titolare in proprio di quest'ultima certificazione, oltre a possedere gli ulteriori requisiti speciali, e, pertanto, con il proprio personale che si occupa delle diverse fasi e attività relative al conseguimento delle entrate comunali, unitamente alla messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, della suite applicativa Gestel/Web e del relativo sistema di gestione della sicurezza delle informazioni, può assicurare al Comune di Corato prestazioni qualitativamente adeguate.

16. La Società ricorrente confonde poi i differenti piani considerati dal bando quando afferma che, se si contemplasse un avvalimento dal contenuto 'limitato' così come visto rispetto alla controinteressata, si concretizzerebbe una disparità di trattamento tra i soggetti partecipanti alla gara singolarmente e quelli invece partecipanti in raggruppamenti o consorzi.

16.1. La stessa sottolinea al riguardo che all'ultimo periodo del punto 9.2.3 del bando si precisa che, con riferimento alle certificazioni di qualità, in caso di partecipazione in raggruppamento, esse devono essere possedute da tutte le imprese che lo compongono.

16.2. Deve puntualizzarsi in proposito che la *lex specialis* non consente è che dette certificazioni possano essere possedute solo da alcune ditte che compongono il raggruppamento, senza, tuttavia, impedire alle ditte stesse di fare, a loro volta, ricorso all'avvalimento, così come consentito espressamente dall'art. 89, comma 1, del d.lgs n. 50/2016 e, a livello di normativa europea, dall'art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

17. Alla luce di quanto sopra rilevato e considerato legittimamente So.G.E.T. è stata ammessa alla gara *de qua*, divenendone aggiudicataria (le contestazioni contenute in ricorso si è visto riguardare unicamente la sua ammissione).

17.1. Il ricorso è, perciò, infondato e deve essere respinto.

18. Data, tuttavia, la peculiarità delle questioni disaminate, si ravvisano le ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso, come in epigrafe proposto;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio da remoto del giorno 26 maggio 2021 con l'intervento dei Magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Desirèe Zonno, Consigliere