

## **Avvalimento no intestazione cauzione all'ausiliaria, ma ne copre il mancato possesso dei requisiti (TAR Sent.N.01046/2012)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

In caso di avvalimento, la polizza provvisoria non deve menzionare anche l'impresa ausiliaria ma

ATTENZIONE PERO' perché la polizza copre comunque la mancata dimostrazione sia dei requisiti di ordine speciale che generale da parte dell'ausiliaria stessa

Ecco la norma

### **Art. 49. Avvalimento**

(artt. 47 e 48, dir. 2004/18; Art. 54, dir. 2004/17).

1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria

e dell'impresa ausiliaria:

a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;

b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

**c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;**(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera e-bis), legge n. 106 del 2011)

d) 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;

e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34;  
(lettera così modificata dall'art. 3, comma 4, legge n. 166 del 2009)

f) 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;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

**3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.**

4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria. (comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera n), d.lgs. n. 152 del 2008)

7. (comma abrogato dall'art. 1, comma 1, lettera n), d.lgs. n. 152 del 2008)

8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei

requisiti.

9. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

10. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

(comma così modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 6 del 2007)

11. In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.

Da ultimo, il ricorrente incidentale lamenta che la ricorrente avrebbe fornito alla stazione appaltante una cauzione provvisoria non valida, contravvenendo all'articolo 75 del codice dei contratti pubblici; ciò in quanto la polizza non menziona anche l'impresa ausiliaria e dunque non garantisce eventuali specifici inadempimenti di quest'ultima.

Sul punto, ai fini del rigetto del motivo, si condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'onere cauzionale in questione non grava anche sull'impresa ausiliaria (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03 dicembre 2009 n. 12455; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 10 gennaio 2011 n. 12).

## PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI

In caso di partecipazione ad un appalto di un raggruppamento già costituito, la polizza fideiussoria con la quale venga costituita la cauzione provvisoria obbligatoria ai fini della partecipazione alla gara legittimamente può essere intestata alla sola capogruppo mandataria

Se, infatti, nel caso di ATI già costituita la cauzione provvisoria ben può essere intestata alla sola capogruppo mandataria (l'obbligo di intestazione anche nei confronti delle mandanti venendo in considerazione per le sole ipotesi in cui il raggruppamento non sia stato costituito, secondo il riportato insegnamento dell'Adunanza Plenaria), non è dato allora comprendere perché, nel caso in cui la forma associativa sia già stata perfezionata (come appunto nella fattispecie all'esame) l'obbligo di intestazione della polizza fideiussoria dovrebbe estendersi (non già alle mandanti, ma) alle imprese ausiliarie, la cui partecipazione alla gara ripete titolo dalla evocazione in avvalimento formulata, nei limiti consentiti dalla legge, da una delle mandanti.

Tale onere, oltre che trovare fondamento normativo (né riferimento espresso, quanto alla vicenda in esame, nella lex specialis di gara), si dimostra logicamente incomprensibile laddove si consideri che la ratio di obbligatoria intestazione della cauzione in capo alle mandanti - si ripete, nel solo caso di raggruppamento costituendo - è espressione dell'esigenza che, in assenza di un'impresa pleno jure investita delle funzioni (e delle connesse responsabilità) di capogruppo mandataria del raggruppamento, verrebbe, altrimenti, a determinarsi un vulnus di garanzia per la stazione appaltante, tutte le volte in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo (solo designata), ma dalle mandanti.

Se, conseguentemente, non viene in considerazione alcun obbligo di (complementare) intestazione della garanzia in discorso anche nei confronti delle mandanti, a fortiori deve escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della garanzia stessa anche alle imprese ausiliarie, delle quali taluna abbia manifestato l'intendimento di avvalersi al fine di integrare i requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione alla procedura di selezione.

Il Collegio ritiene sussistente la propria giurisdizione in merito alla formulata richiesta di annullamento del provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione della procedura di selezione in favore del controinteressato raggruppamento; rimanendo invece preclusa, laddove l'impugnativa dovesse dimostrarsi fondata, la cognizione in merito alla pure dedotta domanda di risarcimento in forma specifica (per la quale, alla stregua del condivisibile insegnamento giurisprudenziale sopra riportato, peraltro omogeneamente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, va ribadita la cognizione del giudice ordinario), ma non anche la conoscibilità della pretesa risarcitoria per equivalente.

Nel sottolineare come le *lex specialis* abbia previsto che l'aggiudicazione dell'appalto sarebbe intervenuta a fronte dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rappresenta l'odierna ricorrente che la conclusiva aggiudicazione - disposta in favore dell'ATI avente come capogruppo la controinteressatasarebbe viziata in relazione ai profili di censura di seguito sintetizzati:

1) Illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 75 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 100 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Illegittimità per violazione della *lex specialis* di gara e, più segnatamente, per inosservanza dei punti III.1.1) del bando e 8.3) del disciplinare integrativo che impongono la presentazione di una cauzione provvisoria, nonché dei principi in materia di requisiti di ammissione. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più in particolare, dei principi di par condicio fra i concorrenti, nonché di trasparenza e di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento e, più in particolare, per carenza di istruttoria ed insufficienza della motivazione, irragionevolezza, erroneità dei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta.

L'offerta presentata dal raggruppamento risultato poi aggiudicatario non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, in quanto le imprese temporaneamente associate - che hanno presentato domanda di partecipazione facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, onde poter beneficiare del requisito di qualificazione inerente alla categoria OG di altro soggetto- hanno presentato una cauzione provvisoria rappresentata da una polizza assicurativa intestata alla sola capogruppo

mandataria. e non anche all'ausiliaria

Tale omissione - assumendosi che la cauzione debba necessariamente "coprire" anche l'apporto offerto dall'impresa ausiliaria della quale il raggruppamento abbia inteso avvalersi - inficerebbe la domanda di partecipazione della suddetta ATI: la quale, ad avviso della ricorrente, non avrebbe pertanto dovuto essere ammessa alla gara.

Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 2, lett. f) e dell'art. 40 del D.Lgs. 163/2006. Illegittimità per violazione della lex specialis di gara e, più segnatamente, per inosservanza del punto 5 del disciplinare di gara. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più segnatamente, del principio di efficienza e di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, erroneità nei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta. Nullità del contratto di avvalimento prodotto dalla mandante impresa Controinteressata tre S.p.A.

Come in precedenza sottolineato, la mandante Controinteressata tre avrebbe deciso di avvalersi dell'attestazione SOA relativa alla categoria OG3 - classifica VIII, posseduta da Impresa AUSILIARIA.

Il relativo contratto di avvalimento, secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, sarebbe tuttavia nullo in quanto non previsti la corresponsione di un corrispettivo da parte di Controinteressata tre, né l'individuazione del complesso di beni e risorse suscettibili di identificare il prestito del titolo SOA.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente, con riveniente accertamento del pregiudizio e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo

Come sopra delimitato l'ambito di cognizione dell'adito organo di giustizia amministrativa relativamente alla dedotta controversia, viene in primo luogo in considerazione la censura con la quale parte ricorrente assume che l'ATI poi risultata aggiudicataria della gara non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di selezione, in ragione dell'irregolarità della cauzione provvisoria dalla medesima presentata.

Tale cauzione, infatti, non avrebbe preso in considerazione, nel novero dei soggetti garantiti per effetto della rilasciata fidejussione, anche l'impresa Impresa AUSILIARIA, della quale una delle mandanti del raggruppamento (Controinteressata tre) ha dichiarato di volersi avvalere al fine di integrare una classificazione a quest'ultima mancante quanto ad una delle categorie di opere dedotte in appalto.

2.1 Come sopra sintetizzata la censura ora all'esame, va osservato che nell'atto costitutivo del raggruppamento temporaneo di imprese formato in data 17 febbraio 2009, Controinteressata tre S.p.A. (mandante) abbia dichiarato il proprio intendimento di eseguire le opere relative alla categoria OG3 (riguardante strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie) per una quota del 27,08%, riservandosi, quindi, una quota complessiva dell'appalto ragguagliata al 18%.

Con dichiarazione resa ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. a) del D.Lgs. 163/2006, la stessa Controinteressata tre enunciava di volersi avvalere - in qualità di impresa ausiliaria - di Impresa AUSILIARIA S.p.A., al fine di utilizzarne l'attestazione SOA per la categoria OG3 classifica VIII.



Quest'ultima, con dichiarazione in pari data, si obbligava "a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie per cui è carente l'impresa Controinteressata tre S.p.A. e precisamente Attestazione SOA n. 2625/53/01 rilasciata il 08.03.2007 ... con scadenza 23.11.2011 per la categoria OG3 classifica VIII".

La garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, nella fattispecie, veniva costituita da COMPAGNIA DI ASSICURAZIONI S.p.A. - Agenzia di Udine, con polizza n. 066338466 in data 19 febbraio 2009 (successivamente, quindi, alla costituzione del raggruppamento avente CONTROINTERESSATA. come capogruppo mandataria).

Nell'ambito delle "condizioni particolari", viene altresì specificato che "l'esatta intestazione della polizza è la seguente:

- A.T.I. CONTROINTERESSATA. S.p.A. (Capogruppo);
  
- Controinteressata due s.r.l.
  
- Impresa Controinteressata tre S.p.A.
  
- Controinteressata quattro Costruzioni s.r.l.
  
- CONTROINTERESSATA CINQUE. -s.r.l.";

mentre la sottoscrizione della polizza stessa è intervenuta, esclusivamente, ad opera dell'assicuratore e

del rappresentante di CONTROINTERESSATA., nella qualità di “contraente”.

2.2 Quanto sopra posto in punto di fatto, va rammentato come la fattispecie relativa all'utilizzabilità, da parte di una della mandanti, di altro soggetto in possesso dei requisiti di qualificazione necessari per partecipare alla gara, trovi disciplina nell'art. 49, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, laddove viene consentito che “il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ..., in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”.

Il comma 4 dello stesso articolo di legge puntualizza, poi, che “il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”.

Escluso, dunque, che l'apporto fornito dall'impresa ausiliaria, proprio in virtù del vincolo di solidarietà che ne ricongiunge la responsabilità per l'adempimento della prestazione rispetto all'impresa che abbia manifestato l'intendimento di ricorrere all'avvalimento, possa - in linea di principio - ritenersi escluso dall'obbligo di garanzia della prestazione (al soddisfacimento del quale è preordinata la prestazione della cauzione provvisoria), va tuttavia osservato come l'assolvimento dell'obbligo in questione si atteggi diversamente a seconda che lo schema associativo (relativo alla costituzione del raggruppamento temporaneo) sia perfezionato - o meno - al momento in cui la cauzione stessa venga presentata.

Il noto insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 4 ottobre 2005 impone, infatti, di estendere l'obbligo di intestazione della cauzione provvisoria anche nei confronti delle mandanti (e non già limitatamente alla sola capogruppo designata) nel solo caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo.

In tale evenienza, infatti, l'intestazione della cauzione alla sola impresa designata quale capogruppo mandataria del raggruppamento in fieri, verrebbe a determinare una carenza di garanzia per la stazione appaltante, tutte le volte in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Da ciò l'esigenza che il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), necessariamente richiami la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente; e dichiari, altresì, che la cauzione provvisoria è volta a garantire non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento.

Se, quindi, nel caso di partecipazione di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo ad una gara di appalto, la polizza fidejussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo (mandataria), ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara (al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti stesse: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2009 n. 4648 e sez. V, 21 aprile 2009 n. 2400), speculari considerazioni assistono le modalità di prestazione della garanzia di che trattasi laddove - diversamente - ci si trovi di fronte ad un raggruppamento già costituito.

In questo caso, come sopra accennato, la polizza fideiussoria con la quale venga costituita la cauzione provvisoria obbligatoria ai fini della partecipazione alla gara legittimamente può essere intestata alla sola capogruppo mandataria

Se, conseguentemente, non viene in considerazione alcun obbligo di (complementare) intestazione della garanzia in discorso anche nei confronti delle mandanti, a fortiori deve escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della garanzia stessa anche alle imprese ausiliarie, delle quali taluna abbia manifestato l'intendimento di avvalersi al fine di integrare i requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione

alla procedura di selezione.

Se, infatti, nel caso di ATI già costituita la cauzione provvisoria ben può essere intestata alla sola capogruppo mandataria (l'obbligo di intestazione anche nei confronti delle mandanti venendo in considerazione per le sole ipotesi in cui il raggruppamento non sia stato costituito, secondo il riportato insegnamento dell'Adunanza Plenaria), non è dato allora comprendere perché, nel caso in cui la forma associativa sia già stata perfezionata (come appunto nella fattispecie all'esame) l'obbligo di intestazione della polizza fideiussoria dovrebbe estendersi (non già alle mandanti, ma) alle imprese ausiliarie, la cui partecipazione alla gara ripete titolo dalla evocazione in avvalimento formulata, nei limiti consentiti dalla legge, da una delle mandanti.

Tale onere, oltre che trovare fondamento normativo (né riferimento espresso, quanto alla vicenda in esame, nella lex specialis di gara), si dimostra logicamente incomprensibile laddove si consideri che la ratio di obbligatoria intestazione della cauzione in capo alle mandanti - si ripete, nel solo caso di raggruppamento costituendo - è espressione dell'esigenza che, in assenza di un'impresa pleno jure investita delle funzioni (e delle connesse responsabilità) di capogruppo mandataria del raggruppamento, verrebbe, altrimenti, a determinarsi un vulnus di garanzia per la stazione appaltante, tutte le volte in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo (solo designata), ma dalle mandanti.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 12455 del 3 dicembre 2009, emessa dal Tar Lazio, ed in particolare il seguente passaggio

< Se questo è vero - e non dubita il Collegio che la corretta decifrazione dell'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria induca siffatto ordine di conclusioni - si dimostra carente di fondamento giustificativo la pretesa di intestazione della cauzione, nel caso di raggruppamento già formalmente costituito, non già nei confronti delle mandanti (per le quali siffatto obbligo non è, alla stregua di quanto esposto, in tale evenienza richiesto), ma delle ausiliarie di queste ultime.

3. Se, alla stregua di quanto esposto al precedente punto, la prima delle censure dedotte con il presente mezzo di tutela non si rivela suscettibile di accoglimento, parimenti infondata si dimostra la censura con la quale parte ricorrente assume l'invalidità del contratto di avvalimento stipulato da Controinteressata tre e Impresa AUSILIARIA, osservando - in proposito - che sarebbe mancata la specifica individuazione degli strumenti operativi ricompresi nell'organizzazione aziendale messi a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria e che, inoltre, non sarebbe individuabile alcun corrispettivo in favore di quest'ultima.

3.1 Con riferimento alla configurazione del contratto di in questione, è opportuno rammentare come l'ordinamento non preveda uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese.

Come osservato da T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 30 aprile 2008 n. 3637, tale modulo negoziale (peraltro richiesto dalla lettera f) del comma 2 dell'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto), "può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, ... così come può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria ... nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara".

Più in generale, deve convenirsi con quanto in argomento osservato da T.A.R. Veneto (sez. I, 6 novembre 2008 n. 3451) circa il carattere atipico individuabile nel contratto di avvilimento, per mezzo del quale - e nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c. - l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda (intesa quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa ex art. 2555 c.c.).

Il contratto concluso in tal senso dalle parti ben può quindi essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi; alla divisata atipicità del contratto in esame accedendo l'assenza di alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un

corrispettivo, dimostrandosi e irrilevante (ai fini della validità del vincolo inter partes) l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta (peraltro assistito da presunzione ex art. 1709 c.c.).

3.2 Quanto sopra posto, se è vero che l'art. 49, comma 2, lett. d) del D.Lgs. 163/2006 prevede unicamente che il concorrente alleggi un contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti di quest'ultimo a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie (gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso rivelandosi del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, come argomentabile dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE, che espressamente consente all' "operatore economico [di] fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi"), viene allora in considerazione - ai fini della corretta configurazione della fattispecie - unicamente l'esigenza che la Stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento.

Nel caso di specie, tale contezza è con ogni evidenza integrata dal contenuto del contratto di avvalimento stipulato il 19 febbraio 2009, con il quale Impresa AUSILIARIA si è obbligata, nei confronti di Controinteressata tre, a "mettere a disposizione ... le risorse necessarie di cui essa è carente e segnatamente ... l'attestazione di qualificazione alla esecuzione di lavori pubblici (SOA) nella categoria OG3 classifica VIII", altresì garantendo tali risorse "per tutta la durata dell'appalto".

Nell'osservare come entrambi le anzidette società si siano date reciprocamente atto "del fatto di essere responsabili in solido nei confronti della Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 49, comma 4, del D.Lgs. 163/2006, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" e che, ulteriormente, "i rapporti fra la società avvalente e la società avvalsa vengono regolati da separata scrittura, sottoscritta contestualmente al presente atto", va escluso che il contratto di avvalimento in questione presenti le carenze e/o inadeguatezze alle quali parte ricorrente ascrive l'invalidità del negozio medesimo: per l'effetto dovendosi disattendere la relativa censura.>

Modalità di presentazione della cauzione provvisoria - avvalimento - non vige obbligo di intestazione anche alle imprese ausiliarie - solo in caso di ati l'obbligato principale sono tutti gli operatori interessati - per avvalimento il responsabile è il partecipante - basta intestazione ditta principale - l'avvalente è l'unico soggetto titolare del contratto di appalto - deve escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della cauzione provvisoria anche alle imprese ausiliarie

Avvalimento: nessuna disposizione menziona un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria segnatamente riferito alle imprese ausiliarie

né può identificarsi un obbligo di legge al riguardo discendente dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente

Con un terzo ordine di censure la ricorrente principale ha dedotto l'illegittimità della mancata esclusione di ALFA dalla gara in quanto tale Consorzio ha presentato, a' sensi e per gli effetti dell'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006, una cauzione provvisoria - segnatamente sotto forma di polizza fideiussoria rilasciata dalla Elba Assicurazioni S.p.a. (cfr. doc. 21 di parte resistente) - di per sé non contemplante quali soggetti garantiti anche le imprese indicate quali ausiliarie del Consorzio medesimo nella propria domanda di partecipazione alla gara.

In buona sostanza, secondo la tesi della ricorrente principale se il soggetto ausiliario presta al soggetto partecipante alla gara i propri requisiti di capacità economico-finanziaria ovvero di capacità tecnico-organizzativa rendendo in tal senso apposite dichiarazioni circa il proprio possesso dei requisiti prestati, allora - e per ineludibile conseguenza - anche il documento costitutivo della garanzia provvisoria non può che recare un'intestazione comprensiva dell'ausiliario medesimo, a discapito - in caso contrario - di un'evidente carenza di garanzia per l'amministrazione aggiudicatrice.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il Collegio dissente da tale tesi.

Va innanzitutto evidenziato che, a' sensi dell'art. 1 del disciplinare di gara, nella busta "B", recante la documentazione amministrativa, doveva essere inserita - tra l'altro - la "cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo dell'unico lotto, costituita secondo quanto specificato dall'art. 9 del capitolato speciale", il quale - a sua volta - disponeva che la garanzia doveva essere presentata dal concorrente, con la precisazione che "nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese o di Consorzio non ancora costituito nelle forme di legge, la cauzione provvisoria, pena l'esclusione dalla gara, dovrà essere intestata a tutte le imprese raggruppande o consorziande ed essere presentata dall'impresa alla quale sarà conferito il ruolo di capogruppo mandataria".

Nessuna disposizione, quindi, menzionava un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria segnatamente riferito alle imprese ausiliarie; né può identificarsi un obbligo di legge al riguardo discendente dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori: e, se lo stesso legislatore individua dunque nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto, risulta allora del tutto illogico affermare che l'onere cauzionale deve gravare (anche) su di un soggetto ulteriore e diverso, in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo, ferma restando la predetta responsabilità solidale ex lege dell'ausiliario nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Va anche soggiunto che, a fronte del diverso orientamento di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 luglio 2009 n. 4537 assunto dalla ricorrente principale a fondamento della propria tesi, secondo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 dicembre 2009 n. 12455, deve viceversa escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della cauzione provvisoria anche alle imprese ausiliarie.



Non esiste alcuna norma che imponga di intestare la cauzione provvisoria anche all'ausiliaria

In caso di avvalimento, la cauzione provvisoria deve essere intestata alla sola ditta partecipante e non anche alle imprese ausiliarie

Diversamente dall'ati dove la cauzione deve essere intestata alla capogruppo ma anche alle altre ditte interessate

Passaggio tratto dalla sentenza numero 2230 del 6 marzo 2012 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

Con il settimo mezzo di gravame il RTI ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art.75 del D.Lgs n.163 del 2006 e dei principii generali in tema di polizze fideiussorie, deducendo che l'offerta del RTI BETA 2 doveva essere esclusa perché la polizza fideiussoria dallo stesso depositata non prevedeva tra i soggetti garantiti anche l'impresa Beta 4 s.r.l., indicata come ausiliaria nella domanda di partecipazione.

La doglianza non merita accoglimento.

Come già affermato dalla giurisprudenza in precedenti analoghi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso nella lex specialis di gara e non esistendo alcuna norma di legge che imponga l'onere in questione (si veda in particolare l'articolo 49 del D.Lgs n. 163/2006), il comportamento dell'Amministrazione resiste alla censura (TAR Lecce, III<sup>^</sup>, 21.4.2011 n.723; TAR Veneto, I<sup>^</sup>, 10.1.2011 n.12).

Si legga anche

In caso di avvalimento, la cauzione provvisoria deve essere intestata alla sola ditta partecipante e non anche alle imprese ausiliarie

Diversamente dall'ati dove la cauzione deve essere intestata alla capogruppo ma anche alle altre ditte interessate

Nessuna disposizione [del disciplinare, ndr] menzionava un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria segnatamente riferito alle imprese ausiliarie; né può identificarsi un obbligo di legge al riguardo discendente dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori: e, se lo stesso legislatore individua dunque nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto

\*\*\*\*\*

Avvalimento:modalità di presentazione della cauzione provvisoria e delle dichiarazioni dell'ausiliaria

Tratto dalla sentenza numero 1801 del luglio 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

Con riferimento alle dedotte irregolarità della polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicataria, che non terrebbe conto dell'impresa ausiliaria di cui si avvale per lo svolgimento di parte del servizio, se ne rileva

la infondatezza in fatto, posto che la società ALFA ha presentato polizza fideiussoria riferita all'intero appalto, non essendo prescritta da nessuna disposizione normativa, primaria o secondaria, che la polizza

fideiussoria sia intestata a tutte le imprese del raggruppamento (Tar Emilia Romagna, Bologna, sent. n. 617 del 5/06/2009), né alle imprese di cui la ditta partecipante si avvale.

La circostanza, poi, che l'impresa ausiliaria (lavanderia industriale di Messina G s.n.c. corrente in Gela) abbia omesso di rendere completa dichiarazione relativa ai disabili con la indicazione del numero di dipendenti inferiore o superiore a quindici, non costituisce ex se causa di esclusione, poiché la stazione appaltante, ove avesse ritenuto non esauriente la resa dichiarazione di essere in regola con la normativa sui disabili, avrebbe potuto chiedere chiarimenti condizionando all'esito eventuali sanzioni.

La circostanza poi che dal contratto di avvalimento stipulato tra l'impresa aggiudicataria e la ditta di cui essa si avvale, non si evinca se l'impresa ausiliaria abbia impegnato i propri requisiti tecnici per proprio conto o per altre imprese in relazione ad altri appalti, non costituisce causa di esclusione dalla gara della impresa aggiudicataria, poiché la previsione dell'art. 49 comma 2 lett. e) del codice appalti, secondo una interpretazione coerente con le direttive comunitarie, va intesa nel senso che l'ausiliaria deve dichiarare di non essere in rapporto di controllo con uno degli altri concorrenti, diverso da quello ausiliato, che partecipano alla stessa gara (C. Stato sez. VI, n. 9577 del 29/12/2010).

Tale dichiarazione è stata correttamente resa, come si evince dagli atti prodotto in giudizio, mentre nessuna disposizione richiede che analoga dichiarazione debba essere effettuata con riferimento a gare diverse rispetto a quella per cui si concorre in regime di avvalimento.

<https://www.diritto.it/avvalimento-no-intestazione-cauzione-all-ausiliaria-ma-ne-copre-il-mancato-possesso-dei-requisiti-tar-sent-n-010462012/>