

Gare pubbliche, quale l'operatività dell'istituto dell'avvalimento?

Autore: Cassano Giuseppe

In: Giurisprudenza commentata

Nelle procedure ad evidenza pubblica, per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi.

Il fatto

Oggetto della decisione resa dal Tar Salerno è la legittimità, o meno, della deliberazione del Direttore Generale di una ASL (di cui parte ricorrente chiede l'annullamento), recante l'aggiudicazione definitiva in favore di un R.T.I. della gara d'appalto "per l'affidamento delle prestazioni infermieristiche, riabilitative e di aiuto infermieristico e sanitarie per il servizio di **** domiciliari".

Di particolare interesse, la sentenza in esame, si appalesa per le sue argomentazioni, in punto di diritto, sul tema dell'avvalimento.

La decisione del Tar Salerno

Superate, invero, talune eccezioni preliminari il Tribunale adito afferma che il precetto di cui all'art. 49, comma 2, lett. f, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui il contratto di avvalimento deve specificare le risorse e i mezzi prestati, trova applicazione anche nei confronti delle imprese facenti parte della stessa A.T.I., in quanto il raggruppamento non dà luogo ad un'entità giuridica autonoma e separata dalle società che lo

compongono.

Infatti, non si attaglia a quest'ultima fattispecie l'art. 49, comma 2, lett. g, riguardante le imprese appartenenti al medesimo gruppo, e cioè gli operatori economici tra i quali sussiste un legame organico stabile, come nel caso del consorzio e della consorziata.

Le parti principale e ausiliaria devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo "quale mero valore astratto", essendo necessario che risulti con chiarezza che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Con riferimento al contratto di avvalimento, l'esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

L'art. 88, comma 1, lettera a), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ha recepito, a livello normativo, questi principi, stabilendo che il contratto di avvalimento deve riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico".

E così, secondo il Tribunale di Salerno, non è sufficiente per soddisfare il livello di specificità richiesto dall'art. 49 cit., limitarsi a dimostrare il possesso del requisito del fatturato.

Detto requisito, infatti, ha anche valenza tecnica-organizzativa, essendo finalizzato a dimostrare che

l'operatore economico che partecipa alla gara è in possesso di quella specifica competenza risultante proprio dall'aver svolto, nel settore oggetto della concessione e per l'indicato periodo temporale, determinati servizi.

Ne consegue che, nel caso in cui una tale competenza venga prestata da un'altra impresa è logico che la stessa debba specificamente indicare i mezzi e le risorse correlate a tale competenza che vengono messi a disposizione ai fini dell'attuazione dell'impegno negoziale. Diversamente, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell'obbligazione solidale. Il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto.

In altri termini, la genericità dell'impegno assunto, in ragione dell'insufficienza del mero richiamo al fatturato prodotto, impedisce alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale.

In sentenza di richiama, poi, condividendosene il contenuto, la sentenza di recente resa dal Consiglio di Stato (n. 1020 del 2 marzo 2015), la quale, ha precisato che il contratto di avvalimento deve sostanziarsi, soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, ove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come per i lavori, in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito richiesto, come fissato di volta in volta dal bando di gara, e che le regole dettate dal d.lgs. n. 163/2006 e dal d.P.R. n. 207/2010 in materia di avvalimento, finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di questo, non devono essere interpretate meccanicamente secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis*.

Il dato testuale desumibile dall'art. 49 in esame avvalorava l'interpretazione secondo cui è onere del

concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto.

Al contempo,

è da escludere che oggetto di avvalimento sia una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali.

Quanto poi al cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, esso non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe e l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustare anche la funzione di garanzia.

Proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi.

Tar Campania, Salerno, sez. I, 13 luglio 2015, n. 1586

Dichiara in parte inammissibile ed in parte respinge il ricorso incidentale / accoglie il ricorso principale ed annulla per l'effetto i provvedimenti impugnati.

Decisioni conformi

Le parti principale e ausiliaria devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo "quale mero valore astratto", ma è necessario che risulti con chiarezza che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)

(Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 7755)

Il dato testuale desumibile dall'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006 avvalora l'interpretazione secondo cui è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto

(Consiglio di Stato, sez. III, 03 settembre 2013, n. 4386)

Normativa di riferimento

Art. 49 D.Lgs. n. 163/2006

<https://www.diritto.it/gare-pubbliche-quali-operativita-dell-istituto-dell-avvalimento/>