

Contenuto e limiti operativi del c.d. avvalimento di garanzia

Autore: Previti Stefano

In: Giurisprudenza commentata

Nelle gare pubbliche, benché il c.d. avvalimento di garanzia debba essere distinto da quello operativo, anche per l'avvalimento di garanzia i relativi atti non possono risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili.

Il fatto

La società ricorrente innanzi all'adito Tar Brescia censura i provvedimenti con i quali è stata disposta la sua esclusione dalla gara per la prequalificazione di società idonee all'esecuzione successiva della fornitura di un sistema centralizzato di gestione degli impianti di produzione di calore, e cogenerazione, nonché delle reti di distribuzione del teleriscaldamento.

La decisione del Tar Brescia

Avuto riguardo alle doglianze di parte ricorrente il G.A. lombardo ha osservato che sull'istituto dell'avvalimento è preferibile un approccio di tipo sostanzialista, ritenendo opportuno che, per stabilire il grado di specificità necessario per il relativo contratto, si abbia riguardo a come, in concreto, il requisito si ponga nell'ambito della *lex specialis*.

Ciò in quanto la prescrizione del possesso di un requisito di carattere solo finanziario di norma non impone, alle imprese paciscenti, altro obbligo negoziale se non l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere del possesso del requisito e nei limiti in cui esso assuma rilievo nel contesto della gara di volta in volta considerata; da ciò discende che la prestazione del requisito in favore dell'ausiliata non implica, almeno non sempre e non necessariamente, il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione di quella ausiliaria e, pertanto, nemmeno correlativamente sussiste in ogni caso la necessità di dedurre tali specifici aspetti nel contratto di avvalimento.

Così, quando il requisito immateriale fornito riguarda il dato finanziario, la rigorosa predeterminazione di tali mezzi e risorse, al di là di ogni puntigliosa solennità (non richiesta né dall'art. 47, Paragr. 3 della dir. n. 2004/18/Ce, né dall'art. 49, comma 2, del D.L. vo n. 163/2006) non s'elide, ma va intesa secondo le ordinarie regole sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1346 c.c..

In questi casi occorre aver riguardo piuttosto a come il requisito ausiliato si ponga e che peso abbia, nel sistema delineato dalla *lex specialis*, rispetto all'oggetto dell'appalto.

Proprio per questo, il requisito solo finanziario non impone altro obbligo negoziale che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere, nei limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara, con le proprie e complessive risorse economiche quando il requisito, in sede esecutiva, si renda attuale.

Ciò non implica per forza il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione di detta impresa donde la non necessità di dedurli in contratto, se questi non rispondano al concreto interesse della stazione appaltante, desumibile dall'indicazione del requisito stesso.

Se nell'avvalimento di garanzia si può ritenere sufficiente la messa a disposizione dei requisiti, accompagnata dalle garanzie di legge - si precisa ancora in sentenza - la responsabilità solidale dell'ausiliaria di cui all'art. 49 comma 4 del D.Lgs. 163/2006 è prevista, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto quale cautela a salvaguardia delle esigenze pubbliche.

Con riferimento alla figura in esame, il Consiglio di Stato (sez. III, n. 3390/2015) ha sottolineato che i requisiti di fatturato sono preordinati a garantire l'affidabilità del concorrente a sostenere finanziariamente sia l'attuazione dell'appalto, sia il risarcimento della stazione appaltante nel caso d'inadempimento.

Ciò posto, benché il c.d. avvalimento di garanzia debba essere distinto da quello operativo, anche per l'avvalimento "di garanzia i relativi atti non possono risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili.

Ha poi aggiunto che

<<L'avvalimento di garanzia può spiegare, infatti, 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 di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata. Il limite di operatività dell'istituto è dato, quindi, dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia>>

(si veda al riguardo anche Consiglio di Stato, sez. III - 19/5/2015 n. 2539).

Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 07/10/2015, n. 1254

Respinge il ricorso

Decisioni conformi

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 di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata.

(Consiglio di Stato, sez. III, 19 maggio 2015 n. 2539).

Normativa di riferimento

D.Lgs. n. 163/2006, art. 49

(di **Stefano Previti**, Avvocato in Roma, esperto di diritto degli appalti, dei nuovi contratti e new media)

<https://www.diritto.it/contenuto-e-limiti-operativi-del-c-d-avvalimento-di-garanzia/>