

Avvalimento di un requisito di natura tecnica (Tar Napoli Sentenza n. 05687/2015)

Autore: Cassano Giuseppe

In: Giurisprudenza commentata

Nelle procedure ad evidenza pubblica l'avvalimento di un requisito di natura tecnica non può essere generico ma deve comportare l'effettivo trasferimento all'impresa ausiliata delle specifiche competenze tecniche acquisite e delle concrete risorse messe a disposizione, trasferimento che, per sua natura, ne implica l'esclusività per tutto il periodo preso in considerazione dalla *lex specialis* di gara.

Innanzitutto all'adito T.a.r. Napoli un Consorzio riferisce di aver partecipato alla gara indetta per l'affidamento dei "servizi di manutenzione ordinaria programmata e riparativa delle infrastrutture, edifici, impianti, attrezzature di proprietà o in concessione della (...) nonché conduzione di taluni impianti", di durata triennale, da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito allo svolgimento della procedura, ivi compreso il sub procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta della prima graduata, la gara è stata aggiudicata in via definitiva in favore della prima classificata (con punti 85,75), seguita in graduatoria dal consorzio ricorrente (peraltro unico altro partecipante) con il punteggio di 77,41.

A sostegno della domanda di annullamento (tra l'altro) del suddetto provvedimento, l'istante ha dedotto quattro motivi di diritto oltre a chiedere la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove sia stato stipulato, nonché a formulare domanda di condanna al risarcimento - in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente - del danno ingiusto patito per effetto dell'attività amministrativa in contestazione.

Da parte sua il Tar Napoli precisa, preliminarmente, che avendo partecipato alla procedura oggetto di controversia due soli concorrenti occorre procedere all'esame contestuale delle censure prospettate con il primo motivo sia del ricorso principale che di quello incidentale, le quali sono caratterizzate da una simmetria escludente atteso che riguardano la medesima fase dell'ammissione alla gara e vertono su presunti vizi concernenti il possesso dei requisiti oggetto dei contratti di avvalimento esibiti dalle parti.

In tal senso la decisione si in esame si innesta sul consolidato orientamento facente capo a Cons. di Stato, A.P., n. 9/2014 secondo cui, espressamente: <<g) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile";

h) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale";

i) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione">>.

Il Giudice Amministrativo partenopeo prende le mosse dal ricorso principale con cui il Consorzio (ricorrente) assume che i contratti di avvalimento stipulati dalla società aggiudicataria, ex art. 49 D.Lgs.

n. 163/2006 (Codice degli appalti), conterrebbero un impegno solo generico delle ausiliare di mettere a disposizione dell'ausiliata tutte le risorse connesse al prestito dei rispettivi requisiti e sarebbero pertanto nulli per l'indeterminatezza o l'indeterminabilità dei relativi oggetti, con conseguente illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa poi risultata aggiudicataria.

Tale censura è giudicata fondata in quanto tali menzionati contratti si pongono in contrasto con l'esigenza di determinatezza che presiede alla disciplina in materia, contenuta nell'art. 49 cit. e nell'art. 88 d.P.R. n. 207/2010, poiché dal loro esame - si legge in sentenza - non si evince con esattezza e sufficiente precisione la natura, le modalità e la reale portata dell'impegno assunto né, soprattutto, le concrete risorse umane e i beni strumentali messi a disposizione dell'impresa ausiliata per effetto dell'avvalimento.

Osserva, ancora, il Collegio giudicante che il bando della gara de qua non si limita a richiedere requisiti di natura esclusivamente finanziaria ma stabilisce, anche, i requisiti di capacità tecnica (poi oggetto di controversia) al chiaro scopo di assicurarsi che l'impresa aggiudicataria dia un affidamento tecnico-organizzativo tale da evidenziare in modo obiettivo l'affidabilità dell'appaltatore ossia la sua competenza a svolgere le prestazioni richieste.

Come si è chiarito in giurisprudenza, l'avvalimento di un requisito di natura tecnica non può essere generico - cioè non si può limitare ad un mero richiamo cartaceo e perciò astratto a precedenti esperienze o al possesso di determinate abilitazioni - ma deve comportare l'effettivo trasferimento all'impresa ausiliata delle specifiche competenze tecniche acquisite e delle concrete risorse messe a disposizione, trasferimento che, per sua natura, ne implica l'esclusività per tutto il periodo preso in considerazione dalla lex specialis di gara.

È dunque necessario che risulti con chiarezza che l'ausiliaria preli 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.

Ragionando diversamente, si precisa ancora in sentenza, il contributo dell'ausiliario si risolverebbe nel prestare una sorta di garanzia per eventuali insufficienze nello svolgimento delle prestazioni, senza fornire alcun contributo oggettivo affinché l'opera dell'ausiliato sia migliorata in virtù del concreto apporto dei requisiti di capacità tecnica considerati rilevanti dal bando di gara.

Si è inoltre precisato che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto dell'avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico negli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., che configurano quale causa di nullità del 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 agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

L'art. 88, I, lett. a), d.P.R. n. 207/2010 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».

Inoltre, come chiarito dal Consiglio di Stato (nella sentenza n. 864/2015), il prestito di un requisito di natura tecnica "ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi - che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante - perché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata".

Nel caso di specie, i due contratti esaminato dal Tar Napoli difettano dei necessari elementi sopra indicati, non potendo la mera utilizzazione della formula dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 integrarne contenutisticamente l'oggetto.

Né è possibile sopperire alla mancanza di analiticità del contratto di avvalimento ricorrendo al contenuto della dichiarazione unilaterale d'impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, oppure mediante l'esercizio del potere di soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione, pena la violazione della par condicio.

<https://www.diritto.it/avvalimento-di-un-requisito-di-natura-tecnica-tar-napoli-sentenza-n-056872015/>