

Contenuto ed ambito operativo del contratto di avvalimento (Tar Lecce , Sent. n. 00445/2016)

Autore: Cassano Giuseppe

In: Giurisprudenza commentata

Il Tar Lecce è adito per l'annullamento (tra l'altro) della determinazione con cui parte ricorrente era stata esclusa dalla procedura in economia tramite M.E.P.A. indetta per l'affidamento, per sei mesi, dei "servizi vari di pulizia e manutenzione ordinaria degli immobili comunali, cimiteriali, di manutenzione delle aree a verde e della rete viaria, di assistenza alle manifestazioni culturali e alle consultazioni elettorali".

A sostegno dell'impugnazione interposta parte ricorrente deduce plurime censure, contestando i singoli capi motivazionali posti dalla stazione appaltante a base del provvedimento c.d. "plurimotivato" di esclusione, relativi: a) alla violazione dell'art. 275, comma 2, secondo periodo del D.P.R. n. 207/2010 ("La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"); b) all'omessa indicazione, nel contratto di avvalimento, dei mezzi ed attrezzature messi a disposizione dall'ausiliaria nei confronti della ditta ausiliata; c) alla mancata iscrizione alla C.C.I.A.A. per le "voci di attività adeguate alle concrete prestazioni richieste".

Il Collegio giudicante premette che il provvedimento di esclusione risulta basato su molteplici ragioni (c.d. provvedimento "plurimotivato") e sottolinea come, per giurisprudenza consolidata, in caso di impugnazione giurisdizionale di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni (ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento), è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate ed il ricorso venga dichiarato infondato, o meglio inammissibile in parte qua, per carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa avverso l'ulteriore ragione ostantiva, il cui esito resta assorbito dalla pronuncia negativa in ordine alla prima ragione ostantiva.

Orbene, tra le ragioni poste dalla Stazione appaltante a fondamento del provvedimento espulsivo gravato, il Tar Lecce ritiene fondata quella con la quale l'Ente civico ha rilevato che "relativamente al contratto di avvalimento non è detto quali siano i mezzi e le attrezzature messi a disposizione dalla ausiliaria nei confronti della ditta ausiliata" (esso è ritenuto di per sé sufficiente a giustificare la reiezione del gravame).

Il Collegio rileva e specifica che l'avvalimento

de quo

rientra, sostanzialmente, nell'ambito del c.d. avvalimento di garanzia, intendendosi per tale l'avvalimento avente ad oggetto requisiti definiti "immateriali" o "soggettivi" (ad esempio, referenze bancarie, fatturato globale o specifico), distinto, appunto, dal c.d. "avvalimento operativo" (avente ad oggetto requisiti materiali ovvero oggettivi, quali i mezzi e le attrezzature, l'equipaggiamento tecnico e tutti gli altri elementi aziendali concreti qualificanti un'impresa).

Tale avvalimento (di garanzia) ha ad oggetto requisiti per lo più immateriali (come il fatturato e la capacità finanziaria) e, in tal caso, la specificità delle risorse messe a disposizione subisce un inevitabile temperamento in ragione della natura del requisito prestato.

Tuttavia, anche nel caso di avvalimento di garanzia, è necessaria l'adeguata specificità del contratto di avvalimento ("in virtù del quale"

- art. 49, comma 2, lett. f del D.Lgs. n. 163/2006

- "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" - e che - art. 88, comma 1 del D.P.R. n. 207/2010 - quanto all'oggetto, "deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente ... le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico"), non potendo questo rimanere astratto e svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse e dotazioni aziendali specifiche, anche immateriali, congrue con riferimento alla natura del requisito prestato (ad esempio, lo specifico

know how

aziendale acquisito, gli

standards

operativi).

Non può ritenersi, si precisa ancora in sentenza, valido ed efficace un contratto di avvalimento che non rechi un serio impegno dell'ausiliaria di mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse per tutta la durata dell'appalto.

Infatti, a tale scopo non possono bastare dichiarazioni meramente formali o parafrastiche della legge, non idonee ad integrare contenutisticamente l'oggetto dell'avvalimento (che, in ragione di tale indeterminatezza, finisce con il non assolvere alla funzione attribuita all'istituto), perché esse devono contenere la volontà seria dell'impresa ausiliaria di fornire effettivamente all'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i mezzi di cui essa è carente, specificandone l'oggetto e le modalità di fornitura, non potendo restare nel vago l'oggetto del prestito che presuppone il possesso da parte dell'ausiliata e la effettiva messa a disposizione delle risorse di cui l'ausiliaria è carente a mezzo di un contratto provvisto degli elementi essenziali secondo la nozione civilistica del contratto, ovvero, quanto al contenuto, alla stregua dell'art. 1346 c.c., un oggetto possibile, lecito, determinato o determinabile.

Tale obbligo di specificità, sussistente in ogni caso, risulta, in una sorta di "gradazione" dell'obbligo stesso, più stringente nell'ipotesi di avvalimento del fatturato c.d. specifico (relativo, appunto, al fatturato pregresso di un certo ammontare riferito proprio a prestazioni analoghe a quelle oggetto dell'appalto) rispetto al caso di avvalimento di generica solidità economica e finanziaria, non inerente, cioè, a specifiche attività (ad es., referenze bancarie, fatturato globale): ciò in quanto il requisito del fatturato "specifico" risulta strettamente connesso alle particolari (e specifiche, appunto) tipologie di prestazioni richieste all'operatore economico.

Con ogni evidenza, precisa ancora l'adito Collegio giudicante quanto al caso sottoposto al suo giudizio, non vi è alcuna indicazione delle risorse e dei beni (anche immateriali) messi a disposizione, e l'avvalimento risulta, pertanto, del tutto indeterminato nell'oggetto e generico.

Ancora, in merito, si osserva

in sentenza come sia inconferente il richiamo (di parte ricorrente) al comma 9 dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, e come neppure sia condivisibile l'assunto (sempre di parte ricorrente) in base al quale la *lex specialis*

non prescriveva specificamente "di indicare <<i mezzi e le attrezzature messi a disposizione dall'ausiliaria nei confronti della ditta ausiliata>>", in quanto "va da sé che il disciplinare di gara non era tenuto a specificare il contenuto del contratto di avvalimento che è rimesso all'autonomia negoziale delle parti adeguandosi alle esigenze concrete volta a volta perseguite. Non rileva di conseguenza la circostanza sull'assenza di prescrizioni specifiche nel disciplinare di gara in ordine all'eventuale contratto di avvalimento. D'altra parte in forza della eterointegrazione del bando di gara con riferimento ai requisiti per la partecipazione, la mancanza di esplicita previsione nella *lex* di gara non assume rilievo alcuno, non potendo valere quale scusante per l'impresa che non rispetti la normativa primaria che integra necessariamente la *lex* di gara, quand'anche non espressamente richiamata" (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4507).

Non da ultimo il Collegio adito rileva che il contratto di avvalimento, lungi dall'essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante: sicchè, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, *ex post*, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell'offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la par condicio tra i concorrenti.

<https://www.diritto.it/contenuto-ed-ambito-operativo-del-contratto-di-avvalimento-tar-lecce-sent-n-004452016/>