

Avvalimento di garanzia e tecnico-operativo: dal Consiglio di Stato la distinzione

13 Marzo 2018

Esiste una distinzione tipologica tra **avvalimento di garanzia**, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, e **avvalimento tecnico od operativo**, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico - organizzative.

A fare questa opportuna distinzione è il Consiglio di Stato che, con la **sentenza 28 febbraio 2018, n. 1216**, è entrato nel merito della materia concernente il contenuto dei contratti di avvalimento aventi ad oggetto il possesso di requisiti di esperienza (inerenti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria).

In particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha elaborato e maturato una distinzione tipologica tra:

- **avvalimento di garanzia**, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di carattere economico - finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico;
- **avvalimento tecnico od operativo**, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di capacità tecnico - professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale.

Ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento, allorché si tratti di "mettere a disposizione" (come, appunto, nell'avvalimento di garanzia) requisiti generali (di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità), non

sussiste l'esigenza di una indicazione puntuale e specifica, non trattandosi di beni in senso tecnico-giuridico, per i quali sussiste la necessità di sufficiente determinazione. Ad evitare il rischio, particolarmente rilevante, che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza, anche in tal caso, dalla dichiarazione dell'ausiliaria deve emergere, con certezza ed in modo circostanziato, l'impegno contrattuale a prestare e mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

Nel caso di avvalimento tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara richiedeva, al paragrafo sui requisiti di ammissione, in ordine alla capacità tecnico professionale:

a) al punto 1), l'aver prestato con buon esito, negli ultimi dieci anni dalla data di pubblicazione del bando, servizi analoghi nel settore della distribuzione del gas naturale relativi ad impianti aventi complessivamente un numero di PDR pari ad almeno il 40% del totale dei PDR dell'ATEM Vicenza 3 (la norma specificava, inoltre, cosa dovesse intendersi per servizi analoghi, indicando alla lett. c) quelli di vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio);

b) al punto 2), una comprovata esperienza nel campo della progettazione e direzione dei lavori di impianti di distribuzione del gas metano ad uso civile, per avere svolto, negli ultimi dieci anni dalla data di pubblicazione del bando, servizi di progettazione e/o direzione lavori e/o collaudo di impianti per una lunghezza totale almeno pari al 20% della lunghezza totale delle reti dell'ATEM Vicenza 3. Quanto alla capacità economico-finanziaria, era richiesto che l'impresa avesse maturato, nell'ultimo biennio, un fatturato in servizi analoghi a quelli oggetto della gara pari ad € 200.000,00 complessivi (anche qui la norma specificava cosa intendere con la nozione di servizi analoghi, indicando alla lett. c) la vigilanza ed il controllo sull'esecuzione del contratto di servizio).

Secondo di Consiglio di Stato, ribaltando la tesi dei primi giudici, detti avvalimenti sono solo in parte di mera garanzia, ma in altra (e decisiva) parte di carattere

operativo: ciò deve dirsi, in particolare, per la messa a disposizione dell'esperienza professionale, nella specie, per giunta, correlata a servizi di natura intellettuale, come tali ad esecuzione necessariamente personale, quali la progettazione o la direzione dei lavori, la vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio (oggi, la rigorosa previsione dell'art. 89, comma 1 del D. lgs. n. 50/2016, non applicabile *ratione temporis*, ma espressiva di un principio interpretativo generale già immanente nel sistema, alla luce della illustrata distinzione tipologica).

[sentenza-cds-28.02.2018-1216](#)