

Appalti pubblici: l'analisi dell'avvalimento va fatta in concreto

7 Febbraio 2019

Al fine di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in una sorta di “scatola vuota”, è necessario che l'indagine della stazione appaltante circa l'efficacia del contratto sia svolta in concreto sia nel caso di avvalimento c.d. “di garanzia”, che in quello di c.d. “tecnico od operativo”.

E' quanto chiarito dal Consiglio di Stato in una sentenza, che sintetizza la copiosa giurisprudenza che negli ultimi anni si è occupata di avvalimento (Sez. V, sent. 30 gennaio 2019, n. 755).

Nel caso specifico, il giudice amministrativo era stato chiamato ad esprimersi sulla legittimità della scelta della stazione appaltante di escludere un concorrente ausiliato per la mancata indicazione, nell'avvalimento, dei necessari requisiti di capacità tecnico professionale.

La Corte, condividendo la posizione della stazione appaltante, ha ritenuto che la richiesta di un fatturato specifico, laddove motivata dalla necessità di individuare un parametro per valutare l'entità dei precedenti servizi svolti (e perciò funzionale alla dimostrazione dell'esistenza di una idonea organizzazione produttiva), postula la necessaria determinatezza e precisione nella concreta identificazione delle effettive risorse reali e personali messe a disposizione dall'ausiliaria.

1. Finalità dell'avvalimento

Come ricordato nella sentenza in esame, secondo un consolidato orientamento dalla giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia dell'UE, l'istituto dell'avvalimento è *“finalizzato a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, consentendo che una impresa possa comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi per la partecipazione a una gara, facendo riferimento alla capacità di altro soggetto che assume contrattualmente con la stessa una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante”*.

2. La consistenza dell'avvalimento

Al fine di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in una sorta di “scatola vuota”, è stato altresì chiarito in giurisprudenza che l'ausilio contrattualmente programmato e prefigurato sia effettivo e concreto, essendo esclusi, perché del tutto inidonei, impegni del tutto generici, che svuoterebbero di significato l'essenza dell'istituto.

Tale esigenza è stata condivisa dal legislatore, che con il cd. “decreto correttivo” al Codice dei contratti (d.lgs. n. 56 del 2017) ha aggiunto il seguente periodo all'art. art. 89, comma 1 *“il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*.

Conseguentemente, è stato confermato quell'orientamento giurisprudenziale che, più volte aveva evidenziato la necessità di indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto, a pena di esclusione del concorrente dalla gara per carenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale del concorrente (come accaduto nel caso in esame).

3. L'avvalimento “tecnico od operativo” e “di garanzia”

In linea generale, l'indicazione dei mezzi, del personale, del know-how e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto e ai requisiti per esso richiesti dalla stazione

appaltante, è indispensabile – anche nel caso di imprese qualificate SOA – per rendere determinato l’impegno dell’ausiliario (tanto nei confronti della stazione appaltante che del concorrente). Tuttavia, sussiste una differenziazione e specificazione tra tipologie di avvalimento basata sui requisiti oggetto dell’avvalimento stesso.

In particolare, nel caso di **avvalimento**:

- **c.d. “tecnico od operativo”**, avente a oggetto i requisiti “materiali” dell’ausiliaria, *“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”*;
- **c.d. “di garanzia”**, avente a oggetto i requisiti o la solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore dell’ausiliaria, è sufficiente *“l’impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità”*.

4. La nullità del contratto di avvalimento

L’indicazione contrattuale degli elementi in questione è necessaria per definire l’oggetto del contratto di avvalimento.

In mancanza di tali specificazioni, il contratto è nullo, perché risulterebbe impossibile individuare l’obbligazione assunta dall’impresa ausiliaria (e come tale coercibile) nei confronti per l’aggiudicatario, oltre che nei riguardi della stazione appaltante, in virtù della responsabilità solidale prevista (artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.).

Il grado di specificazione di mezzi e personale – richiesto affinché il contratto non sia nullo ai sensi del citato art. 89 (per indeterminatezza dell’oggetto – dipende dal contenuto specifico del singolo contratto di avvalimento e, quindi, dalle natura e dalla tipologia delle prestazioni oggetto delle obbligazioni concretamente assunte dall’impresa ausiliaria.

In ogni caso, va sicuramente esclusa la validità del contratto di avvalimento che *“applichi formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della lex specialis descrittiva del requisito oggetto dell’avvalimento stesso”*.

Infatti, l’utilizzo di formule generiche non consente alla stazione appaltante di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall’ausiliaria nei confronti della concorrente e, conseguentemente, di *“verificare e controllare, in sede di gara e di esecuzione, che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare bensì corrisponda a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all’altra”*.

5. La verifica della stazione appaltante

Sulle esposte premesse, nella sentenza in esame, viene chiarito che la stazione appaltante, in gara, deve verificare:

- a) la natura e la consistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, che sono nella disponibilità del concorrente ausiliato;
- b) la conseguente natura dell’avvalimento, nei termini formulati nella domanda di partecipazione;
- c) la idoneità formale e sostanziale del relativo contratto.

Sotto questo profilo, sia nel caso di avvalimento c.d. “di garanzia”, che in quello di avvalimento c.d. “tecnico od operativo”, l’indagine della stazione appaltante circa l’efficacia del contratto – allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi – deve essere svolta in concreto, seguendo i criteri ermeneutici del testo contrattuale dettati dalla decisione dell’Adunanza Plenaria n. 23 del 2016. Infatti, come ricordato dal Consiglio di Stato, in tale occasione è stato sottolineato che *“l’indagine in ordine agli elementi essenziali della figura deve essere svolta sulla base delle generali regole sull’ermeneutica contrattuale, e, segnatamente, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali”* (artt. 1363 e 1367 c.c.).