

L'istituto del c.d. avvalimento di garanzia: un'applicazione giurisprudenziale.

Data di pubblicazione: 28-1-2018

1. Il contratto di avvalimento di garanzia, quale è quello avente ad oggetto il fatturato specifico, non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione dell'impresa, dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, se non rispondenti a un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso.(1)

(1) *Conforme: Cons. Stato Sez. V, 22/11/2017, n. 5429; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 08/05/2017, n. 868; Cons. Stato Sez. III, 03/05/2017, n. 2022; Cons. Stato Sez. V, 22/12/2016, n. 5423*

Guida alla lettura

Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici amministrativi del capoluogo calabrese, la ricorrente veniva esclusa da una procedura ad evidenza pubblica per violazione dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016, in quanto non sarebbero state specificate nel contratto di avvalimento – che risulterebbe, dunque, alquanto generico – le risorse che l'ausiliaria avrebbe dovuto mettere a disposizione della concorrente.

Come è noto, l'istituto dell'avvalimento è oggi disciplinato dall'art. 89 del D.Lgs. 50/2016 (il cui tenore è sostanzialmente analogo al previgente art. 49 del D.Lgs. 163/2006, cosicché le elaborazioni pretorie acquisite con riferimento al c.d. "vecchio" Codice possono ritenersi operative anche con riferimento alla normativa attualmente in vigore).

Si tratta di una figura che ha trovato ingresso *"nel nostro ordinamento, su impulso delle direttive 17 e 18 del 2004, al fine di consentire agli operatori economici non muniti dei requisiti partecipativi prescritti dal bando di giovare delle capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie di altre imprese. Nelle intenzioni del legislatore comunitario lo scopo dell'istituto era dunque quello di consentire la massima partecipazione alle gare, in modo da favorire la concorrenza nei mercati"* (così, testualmente, T.A.R. Liguria, Sez. II[^], Sent. n. 1201/2016). Il legislatore italiano, tuttavia, nel recepire la regolamentazione euro-unitaria dell'avvalimento, ha presidiato quest'ultimo con una serie di cautele finalizzate, per un verso,

ad impedire, l'aggiramento delle regole dell'evidenza pubblica; per altro verso, ad assicurare alla stazione appaltante che l'aggiudicataria, sia pur mediante l'ausiliaria, possieda effettivamente quei requisiti che consentano la corretta esecuzione dell'appalto da affidare.

La particolare attenzione che la disciplina legislativa riserva all'istituto dell'avvalimento è dimostrata, in primo luogo, dalla circostanza per la quale l'art. 89, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, afferma che oggetto di avvalimento non possono essere tutti i requisiti di cui all'art. 83, comma 1 del Codice, bensì soltanto quelli di cui alle lettere b) e c) della predetta disposizione. La partecipante ad una gara ad evidenza pubblica, dunque, non può ricorrere all'avvalimento per ciò che concerne i requisiti di idoneità professionale (cfr. F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, pp. 376 ss.).

Inoltre, proprio per prevenire elusioni della normativa di settore, la giurisprudenza amministrativa ha a più riprese affermato il principio della necessaria non genericità del contratto di avvalimento concluso tra impresa ausiliaria ed impresa ausiliata (Cons. Stato Sez. V, 28/09/2015, n. 4507).

E' proprio su quest'ultimo aspetto, relativo alla necessaria specificità del contratto di avvalimento – contratto che deve indicare in modo preciso e puntuale le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria (cfr. art. 88 del D.P.R. 207/2010) – che si è incentrato il dibattito giurisprudenziale in materia, tanto da rendere necessario l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

I Giudici di Palazzo Spada, nella loro massima composizione, con la Sent. n. 23/2016, hanno precisato come sia da respingere l'impostazione teorica, fatta propria dall'ordinanza di remissione del C.G.A.R.S., secondo la quale *"l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, del D.P.R. n. 207 del 2010, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche. In particolare, l'applicazione dei richiamati canoni osta alla tesi secondo cui: - mentre per la validità dei contratti in generale è richiesto un oggetto di carattere determinato ovvero determinabile, - al contrario per il contratto di avvalimento sarebbe sempre e comunque richiesto un oggetto determinato (restando esclusa la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale)".* L'Adunanza Plenaria ha, dunque, enunciato il seguente principio di diritto *"L'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente*

determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile”.

L'indirizzo interpretativo sostanzialista adottato dall'Adunanza Plenaria è stato, poi, oggetto di maggiore specificazione da parte della successiva giurisprudenza di merito.

In particolare, T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. IV, Sent. n. 122/2017, ha operato una distinzione fra requisiti generali e risorse, “per le quali soltanto si giustifica la esigenza d'una messa “a disposizione” in modo specifico. Soltanto per le prime ... può quindi trovare applicazione il nuovo indirizzo esegetico fatto proprio dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Per quanto invece attiene alle risorse ... deve invece essere provato, alternativamente, o il loro effettivo sussistere (ove il partecipante dichiara di possederle in proprio), o la effettività della loro messa a disposizione ove la possibilità di un loro utilizzo venga ritratta dalla conclusione di un apposito contratto di avvalimento che dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile”.

Ancora più nel dettaglio, la già citata T.A.R. Liguria, Sez. II[^], Sent. n. 1201/2016, ha posto in rilievo la distinzione (operata dalla giurisprudenza amministrativa: cfr., in particolare, Cons. di Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032) tra “avvalimento c.d. operativo ed avvalimento c.d. di garanzia, a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, precisando che, nel secondo caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale”.

In altri termini, quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore (cd. avvalimento di garanzia), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (Cons. Stato Sez. V, 22/11/2017, n. 5429).

E', pertanto, nel solco di un siffatto orientamento che si pone la sentenza in esame, la quale, accertato che, nel caso di specie, si fosse in presenza di un avvalimento di garanzia, ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente, fondata sulla genericità del contratto stipulato con l'impresa ausiliaria.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1597 del 2017, proposto da:

L'Albero della Vita Consorzio di Cooperative Sociali Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Provincia di Crotone – Stazione Unica Appaltante, Comune di Crucoli non costituiti in giudizio;

Provincia di Crotone, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuele Pantisano, Silvana Tassone, con domicilio eletto presso lo studio Emanuele Pantisano in Crotone, via M. Nicoletta N. 28;

nei confronti di

Co.Ri.S.S. Cooperative Riunite Socio Sanitarie Cooperativa Sociale Onlus non costituito in giudizio;

per l'annullamento del provvedimento di esclusione e degli altri atti descritti in ricorso

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Crotone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2018 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con l'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente chiedeva l'annullamento dell'atto di esclusione dalla gara emesso nei suoi confronti.

Si costituiva l'amministrazione resistente chiedendo rigettarsi il ricorso.

La ricorrente ha partecipato alla procedura di gara diretta a individuare un soggetto attuatore per la prosecuzione degli interventi di accoglienza integrata attività e finanziati con il progetto inserito nel sistema di protezione in favore di minori stranieri non accompagnati per il triennio 2017-2019 nel territorio comunale di Crucoli.

La ricorrente è stata tuttavia esclusa dalla citata gara per violazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto non sarebbero state specificate nel contratto di avvalimento le risorse che l'ausiliaria mette a disposizione della concorrente. Più in particolare il provvedimento di esclusione prevede, piuttosto genericamente, che il contratto di avvalimento "risulta alquanto generico; nella fattispecie, l'impresa ausiliaria non ha indicato le risorse che mette a disposizione".

Come già evidenziato con decreto cautelare emesso inaudita altera parte il primo motivo di impugnazione formulato dalla ricorrente appare meritevole di accoglimento, in quanto dalla lettura del bando e del disciplinare risulta che l'avvalimento sia da intendersi come di garanzia, per il quale non è quindi necessaria l'analitica indicazione e descrizione dei soggetti e dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria. Effettivamente, nel contratto di avvalimento depositato, l'ausiliaria si è obbligata a mettere a disposizione della ricorrente i seguenti requisiti tecnico professionali ed economico finanziaria: aver realizzato negli ultimi tre esercizi disponibili un fatturato specifico nel settore oggetto dell'appalto non inferiore all'importo dell'appalto; elenco dei principali servizi prestati nell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando come descritti nel contratto; tutte le risorse, le strutture operative, il personale qualificato, le tecniche operative e i mezzi organizzativi correlati alla propria attività.

L'esclusione risulta fondata sulla genericità del contratto, circostanza, come detto, tuttavia non risultante alla luce della tipologia di risorse messe a disposizione dalla ausiliaria in favore della ricorrente. Infatti, come costantemente evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, il contratto di avvalimento di garanzia, quale è quello avente ad oggetto il fatturato specifico, non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione dell'impresa, dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, se non rispondenti a un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso.

Nella memoria di costituzione la stazione appaltante rappresenta, in realtà, che la ricorrente difetterebbe di alcune professionalità, nel senso che non avrebbe indicato alcune professionalità nella propria domanda di partecipazione, né tale circostanza sarebbe desumibile dal contratto di avvalimento. La censura appare tuttavia nuova e differente rispetto

a quanto desumibile dal provvedimento di esclusione, con la sua conseguente inammissibilità trattandosi di motivazione postuma, e rimane, in ogni caso, nel potere dell'autorità escludere la ricorrente per altri e differenti motivi purchè analiticamente individuati.

Il ricorso deve pertanto trovare accoglimento, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

In considerazione delle peculiarità del giudizio e della novità delle questione di lite devono ritenersi sussistenti eccezionali motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.